

﴿ الجزء الثاني من ﴾

كتاب

المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات الشرعيات لامهات مسائلها المشكلات

﴿ تأليف ﴾

الفقيه الامام الأجل الحافظ قاضي الجماعة بقرطبة
الأعدل أبي الوليد محمد بن احمد بن رشد
المتوفى سنة ٤٢٠ هجرية رحمه الله تعالى
ونفعنا به والمسلمين آمين

﴿ اول طبعة ظهرت على وجه البسيطة لهذا الكتاب الجليل ﴾

﴿ على نفقة ﴾

الحاج محمد افندي ساسي المغربي التونسي

(التاجر بجوار محافظة مصر)

(طبع بمطبعة السعادة بجوار ديوان محافظة مصر لصاحبها محمد اسمعيل سنة ١٣٢٥ هـ)



كتاب الضحايا

فصل في سبب شرع الضحايا

﴿ قال ﴾ أصل ماشرع الله الضحايا لعباده ماحكاه في محكم كتابه من قصة خليله ابراهيم عليه السلام وما ابتلاه به من ذبح ابنه ثم فداه بذبح عظيم قال الله تبارك وتعالى في كتابه حاكياً عن ابراهيم صلى الله عليه وسلم قال رب هب لى من الصالحين أى ولداً صالحا قال الله تبارك وتعالى فبشرناه بغلام حليم فلما بلغ معه السعى قال يابنى اني أرى في المنام أني أذبحك فانظر ماذا ترى قال ياأبت افعل ماتؤمر ستجدنى ان شاء الله من الصابرين روى ان ابراهيم صلى الله عليه وسلم لما بشرته الملائكة بابنه اسحاق نذر لله تعالى أن يجعله ذبيحا اذا ولدته سارة فلما ولدته وبلغ معه السعى أي معونته على العمل قيل له في المنام أوف لله بنذرك فرؤيا الانبياء وحي فقال لابنه اسحاق يابنى اذهب بنا نقرب الى الله قربانا وأخذ سكينا وحبلا ثم انطلقا فلما سارا بين الجبلين التفت اسحاق وقال ياأبت أين قربانك قال له يابني اني أرى في المنام أنى أذبحك فانظر ماذا ترى قال ياأبت افعل ماتؤمر ستجدني ان شاء الله من الصابرين فقال له ياأبت اشدد رباطى حتي لاأضطرب واكفف عني ثيابك حتى لاينتضح عليها شيء من دمي فتراه سارة فتحزن لذلك واسرع مر السكين على حلقى ليكون أهون للموت علىّ فاذا أتيت سارة أمى فاقرأ عليها السلام منى فاقبل عليه أبوه ابراهيم يقبله وقد ربطه وهو يبكى واسحاق يبكى حتي استنقعت الدموع تحت خد اسحاق ثم أنه جر السكين علي حلقه فلم تجر وطوقه الله صفيحة من

نحاس على حلق اسحاق فلما رأى ذلك خشي ان يكون من الشيطان وضرب على
وجهه وجر السكين في قفاه فلم تجر فذلك قوله عز وجل فلما أسلما وتله للجبين وناداه
الله عز وجل ان يا ابراهيم قد صدقت الرؤيا التفت فاذا هو بكبش أبيض
أقرن أعين فأخذ الكبش وحل ابنه وأقبل عليه يقبله ويقول اليوم وهبت لي يابني
وروي أنه أرسل ابنه ثم اتبع الكبش ليأخذه فأخرجه عند الجمرة الاولى فرماه بسبع
حصيات فافلت عندها فجاء الجمرة الوسطى فاخرجه عندها فرماه بسبع حصيات فافلت
فجاء الجمرة الكبرى جمرة العقبة فرماه بسبع حصيات وأخرجه عندها وأخذه فجاء
به المنحر فذبحه روى ذلك عن ابن عباس أنه قال والذي نفس ابن عباس بيده لقد كان
أول الاسلام وان رأس الكبش لمعلق بقرنيه عند ميزاب الكعبة فكان ذلك سبب
ماشرعه الله تعالى من رمى الجمار بمنى والنحر في أيام النحر لان الله تبارك وتعالى أمر
النبي عليه الصلاة والسلام ان يتبع ملة ابراهيم فقال تعالى ثم أوحينا اليك ان اتبع ملة
ابراهيم حنيفا وما كان من المشركين وقال تعالى ملة أبيكم ابراهيم أي الزموا ملة أبيكم ابراهيم
وقال تعالى ان أولى الناس بابراهيم للذين اتبعوه وهذا النبي والذين آمنوا والله ولي المؤمنين
وقد استدل برواية ابن عباس هذه من ذهب الى ان الذبيح اسماعيل وبقول الله حين فرغ من
قصة المذبوح من ابني ابراهيم وبشرناه باسحاق نبياً من الصالحين يقول بشرناه باسحاق
ومن وراء اسحاق يعقوب يقول يا بني وابن ابني فلم يكن ليأمره بذبحه وله من الله هذا
الموعد وقال أبو جعفر الطبري والذي ذهب اليه أكثر أهل العلم بالتأويل أن الذبيح
هو اسحاق وهو الاظهر لان الذبيح اذا هو كان الغلام الحليم الذي بشره الله به لمسئلته اياه
أن يهب له من الصالحين بنص الكتاب فهو اسحاق والله أعلم لانه لم يكن له ولد الا من
الصالحين فيبعد أن يسأل الله أن يهبه ما قد وهبه اياه وقد بين في كتابه أن الذي
بشر به اسحاق فهو الذبيح والله أعلم وقد روى أن ابراهيم انما أمر بذبح ابنه اسحاق
بالشام وبها أراد ذبحه وغير مستحيل أن يكون حمل رأس الكبش من الشام الى مكة
ولا حجة لمن ذهب الى أن الذبيح اسماعيل في قوله وبشرناه باسحاق نبيا عقب

الفراغ من قصة الذبيح لانه انما بشر بنبوته جزاء على صبره ورضاه بأمر ربه واستسلامه له وكذلك لا حجة فى وعد الله له أن يكون له ولد من اسحاق لانه انما أمر بذبحه بعد أن بلغ معه السعى وتلك حال لا ينكر أن يكون له فيها أولاد فكيف بولد والله أعلم وقال المفضل الصحيح الذى يدل عليه القرآن أنه اسماعيل وذلك أنه قص قصة الذبيح وقال فى آخر القصة وفديناه بذبح عظيم ثم قال سلام على ابراهيم كذلك نجزى المحسنين انه من عبادنا المؤمنين وبشرناه باسحاق نبيا من الصالحين وتركنا عليه أى على اسماعيل وعلى اسحاق كنى عنه لانه قد تقدم ذكره ثم قال ومن ذريتهما فدل على أنهما ذرية اسماعيل واسحاق وليس تختلف الرواة فى أن اسماعيل كان أكبر من اسحاق عليه السلام بثلاث عشرة سنة وأيضا قد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أن اعرابيا قال له يابن الذبيحين يعني اسماعيل عليه السلام وأباه عبد الله لان عبد المطلب كان نذر ان بلغ ولده عشرة أن ينحر منهم واحداً فلما كملوا عشرة أتى بهم البيت وضرب عليهم بالقداح على أن يذبح من خرج قدحه وقد كتب اسم كل واحد في قدح وخرج قدح عبد الله ففداه بعشرة من الابل ثم ضرب عليه وعلى الابل فخرج قدحه ففداه بعشرة الى أن تمت مائة فخرج القدح على الجزر فنحرها وسن الدية مائة قال ابن اسحاق وأما من قال انه اسحاق فقال كانت في اسحاق بشارتان الاولى قوله فبشرناه بغلام حليم ولما استسلم للذبح واستسلم ابراهيم عليه السلام بذبحه بشر به نبيا من الصالحين ﴿ قلت ﴾ والذي ذهب اليه المفضل من أنه اسماعيل هو الاظهر وقد اختلف فى ذلك إختلافا كثيراً والله أعلم وما استدل به أبو جعفر الطبرى رحمه الله تعالى لما ذهب اليه من انه اسحاق عليه السلام أنه يبعد ان يسأل ابراهيم ربه هبة ما قد وهبه اياه انما يستقيم على ان اسحاق أكبر من اسماعيل فان كان اسماعيل أكبر من اسحاق على ماذكره المفضل من أنه لم يختلف فى ذلك الروات فاستدل به حجة للمفضل في ان الذبيح اسماعيل والله أعلم وروى ان هذا الكبش الذى فدي به ابن ابراهيم صلى الله عليه وسلم من الذبح هو القربان الذى أخبر الله أنه

تقبله من احد ابني آدم حيث يقول فتقبل من احدهما ولم يتقبل من الآخر فذلك ان ابني آدم لما أمرا بالقربان كان أحدهما صاحب غنم وكان نتج له حمل في غنمه فأحبه حتى كان يؤثره باللبن وكان يحمله على ظهره حتى لم يكن له مال أحب اليه منه فلما أمر بالقربان قربه لله فقبله الله منه فما زال يرتع في الجنة حتى فدي به ابن ابراهيم والله أعلم فالضحية سنة من سنن الاسلام وشرع من شرائعه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرت بالنحر وهو لكم سنة وأما قول الله عز وجل فصل لربك وانحر قيل معناه فصل لربك وانحر لربك فتكون الآية على هذا عامة في الهدايا والضحايا وقيل يعنى به صلاة الصبح بالمشعر الحرام ثم النحر بعدها بمنى وقيل يعني به صلاة العيد ثم النحر بعدها وان الآية نزلت بالمدينة وأما الحج فلا صلاة عيد فيه وقيل يعنى به وضع اليد اليمنى على اليسرى في الصلاة عند النحر وهو الصدر وقيل يعنى به استقبال القبلة في الصلاة لوجهك ونحرك أي صدرك والله أعلم وقال ابن حبيب إنها من السنن التى الاخذ بها فضيلة وتركها خطيئة وانها أفضل من الصدقة وان عظمت وأفضل من العتق ونحوه في المدونة فمن اشترى أضحية ولم يضح بها حتى مضت أيام النحر انه آثم فعلى هذا هي واجبة وتحصيل مذهب مالك انها من السنن التى يؤمر الناس بها ويندبون اليها ولا يرخص لهم في تركها فقد قال وان كان الرجل فقيراً لا شيء له الا ثمن الشاة فليضح وان لم يجد فليستسلف وقد روي عنه رحمه الله أن الضحية أفضل من الصدقة وروى عنه أن الصدقة أفضل من الضحية فعلى هذا لم يرها واجبة ولا يأثم بتركها وان كان موسراً ما لم يتركها رغبة عن اتيان السنن وفى الضحايا فضل كثير قال الله عز وجل والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير يعني ذخر الثواب وقال النبي صلى الله عليه وسلم مامن نفقة بعد صلة رحم أعظم أجراً عند الله من اراقة الدماء وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ما عمل آدمى يوم النحر من عمل أحب الى الله من اراقة دم وانه ليأتى يوم القيامة في قرنه بقرونها وأظلافها وأشعارها وان دمها ليقع من الله بمكان قبل أن يقع بالارض فطيبوا بها

نفسا فقوله فى قرنه يريد فى كتاب حسناته وقوله بقرونها وأظلافها وأشعارها يريد أن شيئا منها لا يضيع له وأنه يجده ويجازى عليه فلذلك يستحب عظم الضحية وكمال شعرها وكمال خلقها والآثار في هذا كثيرة وأفضل الضحايا الكبش الفحيل الابيض الاقرن الاعين الذى يمشى فى سواد وينظر بسواد ويأكل بسواد وقد روي أن هذه كانت صفة الكبش الذي فدي به ابن ابراهيم صلى الله عليهما وسلم من الذبح وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لدم عفراء أفضل عند الله من دم سوداوين وفحول الضأن فى الضحايا أفضل من خصيانها وخصيانها أفضل من اناثها واناثها أفضل من فحول المعز وفحول المعز أفضل من خصيانها وخصيانها أفضل من اناثها واناثها أفضل من الابل والبقر وذكور الابل أفضل من اناثها واناثها أفضل من ذكور البقر وذكورها أفضل من اناثها قاله ابن شعبان وقال عبد الوهاب أفضلها الغنم ثم البقر ثم الابل وهو الصواب لان المراعاة فى الضحايا طيب اللحم ورطوبته لانه يختص بها أهل البيت دون الفقراء بخلاف الهدايا والدليل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم انما ضحى بالغنم ولو كانت الابل فى الضحايا أفضل لضحى بها ومما يدل أيضا على أنها أفضل من الابل فى الضحايا أن الله تبارك وتعالى انما فدى ابن ابراهيم على نبينا وعليهم أفضل الصلاة والسلام من الذبح بكبش وقال فى كتابه وفديناه بذبح عظيم وروى أن الله أنزله من الجنة وانه كان رعى فيها خمسين خريفاً وأما الهدايا فالابل أفضل ثم البقر ثم الضأن وذهب الشافعي رحمه الله الى أن الابل فى الضحايا أفضل من الغنم واحتج على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم من اغتسل وراح فى الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة الحديث والضحايا قربان وهذا لا حجة فيه لانه انما أراد صلى الله عليه وسلم الهدايا وقد روي ذلك فى غير حديث الموطأ من راح في الساعة الاولى فكأنما اهدي بدنة ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما أهدى بقرة والضحية واجبة على المقيم والمسافر والذكر والانثى والصغير والكبير وقد قال مالك رحمه الله يضحى الوصى عن اليتيم من ماله ويلزم الأب أن يضحى عن بنيه الذكور

والاناث ما كانت نفقتهم له لازمة الذكور حتى يحتلموا والاناث حتى يتزوجن ويدخل بهنّ أزواجهنّ فلا يلزمه أن يضحى عن امرأته ولا عن أم ولده ولا يلزم أم الولد أن تضحى عن نفسها وكذلك من فيه بقية رق لاتلزمه الضحية والاختيار عند مالك أن يضحى عن كل نفس بشاة فان ضحى بشاة واحدة عن جميع أهل البيت أجزأهم وأيام النحر ثلاثة يوم النحر ويومان بعده وهي الايام المعلومات التي ذكر الله في كتابه فقال ليذكروا اسم الله فى أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام يضحى فيها من طلوع الفجر الى غروب الشمس الا في اليوم الاول فلا يضحي فيه الا بعد صلاة العيد ونحر الامام ويستحب فى اليوم الثاني والثالث الا يضحي الاضحوة بعد طلوع الشمس فان ضحي قبل ذلك بعد طلوع الفجر أجزأه ويستحب أيضاً لمن لم يضح فى اليوم الثانى من أيام الذبح حتى زالت الشمس ان يؤخر الذبح الي ضحي اليوم الثالث فانه أفضل وأما من لم يضح في يوم النحر حتى زالت الشمس فقيل إن الافضل أن يضحى فى بقية ذلك النهار وقيل الافضل أن يؤخر الى ضحى اليوم الثانى وأما اليوم الثالث فيضحي بعد الزوال من فاته أن يضحى قبله لانه ليس ثم وقت ينتظره والضحية لا تجب الا بالذبح خلاف الهدى الذى يجب بالتقليد والاشعار فقد روى ابن القاسم عن مالك رحمهما الله تعالى فى سماعه من كتاب الضحايا فى العتبية ما يدل على أنها تجب بالتسمية قبل الذبح وقال لا تجزّ الضحية بعد أن تسمي فان فعل انتفع بصوفها ولم يبعه وقال سحنون وأشهب لا بأس ببيعه اذا جزه قبل الذبح وخفف ذلك أصبغ وهو الذى يأتى على أنها انما تجب بالذبح وهو المشهور فى المذهب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتاب الاشربة﴾

﴿قال﴾ الله عز وجل هو الذى أنزل من السماء ماء لكم منه شراب ومنه شجر فيه تسيمون أي تريحون وقال وان لكم في الانعام لعبرة نسقيكم مما في بطونها من بين فرث ودم لبنا خالصا سائغا للشاربين ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكراً ورزقا حسنا واختلف في السكر فقيل انه اسم من أسماء الخمر وانه يقع على كل مسكر من التمر والعنب وغيرهما قال ذلك من ذهب الى ان الخمر اسم لكل مسكر وقيل ان السكر ماأسكر من التمر والخمر ماأسكر من العنب وقيل ان السكر هو الطعم يقال قد جعلت هذا لك سكرا أى طعما وهذا له سكر أى طعم وقيل ان السكر ماسد الجوع فمن ذهب الى ان السكر الطعم أوماسد الجوع فالآية على مذهبه بينة فى المعنى مفتقرة الى تأويل وتفسير وأما الذين ذهبوا الى ان السكر ما أسكر من كل شئ أو مما عدا العنب فانهم اختلفوا فى معناها فمنهم من ذهب الى انها إخبار عمايصنعون ويتخذون من ذلك يقتضى الاباحة وان الله قد نسخ ذلك بما أنزل من تحريم الخمر فى المائدة وغيرها ومنهم من ذهب الى أن الآية لا تقتضى الاباحة لان الله لم يأمر فيها باتخاذ السكر ولا أباحه وانما أخبر فيها بما يتخذون من الخمر المحرمة عليهم فى سورة المائدة وغيرها والأول أظهر لان الله انما ذكر ذلك تعديدا للنعمة على عباده وتنبيها على الاعتبار بآياته ويبعد ان يمتن الله على عباده بما حرم عليهم وأمرهم باجتنابه فى غير ما آية من من كتابه وأيضا فان سورة النحل مكية وتحريم الخمر انما أنزل بالمدينة في سورة المائدة واجتمعت الامة على ان الخمر محرمة فى كتاب الله تعالى الا أنهم اختلفوا ان كانت محرمة فى الكتاب بنص أو بدليل والصحيح انها محرمة فيه بالنص لان المحرم هو المنهى عنه الذى توعد الله عباده على استباحته وقد نهى الله عن الخمر في كتابه وأمر باجتنابها وتوعد

على استباحتها فقال انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون وقال انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون وهذا بلاغ في الوعيد وهاتان الآيتان ناسختان لآية البقرة وقوله يسئلونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ولآية النساء قوله يأيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون لان آية البقرة تقتضي الذم دون التحريم فكانوا يشربونها لما فيها من المنافع واما آية النساء فقيل إنها تقتضي الاباحة لانهم أمروا فيها بتأخير الصلاة حتى يذهب السكر قبل ان تحرم الخمر فكان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أقيمت الصلاة ينادي لايقربن الصلاة سكران ثم نسخ ذلك فحرمت الخمرة وأمروا بالصلاة على كل حال وقيل انها تقتضي تحريم السكر في وقت الصلاة لان ذلك مفهوم النهي عن أن يقرب الصلاة في حال السكر لانهم كانوا يشربون الخمر بالليل حين نزلت هذه الآية حتى نزل تحريم الخمر في سورة المائدة وان طالب متعسف جاهل بوجود لفظ التحريم لها في القرآن فانه موجود في غير ماموضع وذلك ان الله سماها رجسا فقال انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ثم نص على تحريم الرجس فقال قل لاأجد فيما أوحي الى محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة أودما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به وسماها أيضا في موضع آخر فقال يسئلونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ثم نص على تحريم الاثم فقال قل انما حرم ربي الفواحش ماظهر منها ومابطن والاثم ولو لم يرد في القرآن في الخمر الامجرد النهي لكانت السنن الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم بتحريم الخمر مبينة لمعنى نهي الله عنها وان مراده به التحريم لا الكراهية لانه انما بعثه ليبين للناس مانزل اليهم وقد قال صلى الله عليه وسلم ان الله حرمها وأجمعت الامة على تحريمها وتحريمها معلوم من دين النبي عليه الصلاة والسلام ضرورة فمن قال ان الخمر ليست بحرام فهو كافر باجماع يستتاب كما يستتاب المرتد فان تاب

والاقتل روي ان ناسا من أهل اليمن قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلمهم الصلاة والسنن والفرائض ثم قالوا يارسول الله صلى الله عليك وسلم ان لنا شرابا نصنعه من القمح والشعير فقال أيتغير فقالوا نعم فقال لاتطعموه ثم سألوه عنه بعد يومين فقال لاتطعموه ثم لما أرادوا أن ينطلقوا سألوه عنه فقال لاتطعموه قالوا فانهم لايدعونه قال من لم يدعه فاضربوا عنقه يريد مكذبا بتحريمه والله أعلم ومن شربها وهو مقر بتحريمها جلد الحد ثمانين وشرب الخمر من أكبر الكبائر والآثار الواردة بالتشدد فى شرب الخمر كثيرة قد أكثر الناس من ذكرها فلا معنى لجلبها والخمر ماأسكر وخامر العقل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وكل خمر حرام فما أسكر من جميع الاشربة فقليله وكثيره حرام هذا قول مالك رحمه الله تعالى وجمهور أهل العلم وخالف فى ذلك أهل العراق فنهم من ذهب الى ان الخمر المحرم العين هي الخمر من عصير العنب اذا نش والقي الزبد أو نش وان لم يلق الزبد على اختلاف بين هؤلاء فى ذلك وما سوى ذلك عندهم من الاشربة والانبذة المسكرة النية أو المطبوخة فالسكر منها حرام وما دونه حلال على ما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب وهذا لاحجة فيه لأن بعض الرواة يقول فيه والمسكر من كل شراب ومنهم من ذهب الى أن الخمر المحرمة العين خمر العنب والتمر خاصة على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الخمر من الكرمة والنخلة ومنهم من ذهب الى ان الخمر المحرمة العين هى الخمر التى من عصير العنب وان نقيع التمر والزبيب المخمر عن غير طبخ بمنزلة الخمر فى تحريم العين لا سائر الاشربة والانبذة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من الكرمة والنخلة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى (فكل مسكر) مطرب من أى نوع كان من الانبذة والاشربة محرم العين نجس الذات لان الله تعالى سمى الخمر رجساً كما سمى النجاسات من الميتة والدم المسفوح ولحم الخنزير رجساً وقال تعالى • قل لاأجد فيما أوحى الى محرما علي طاعم يطعمه إلا ان يكون ميتة أو دما مسفوحا

أو لحم خنزير فانه رجس وليس معنى قولنا ان الخمر نجسة الذات ان ذاتها نجسة اذ لو كانت ذاتها التي هي جسمها نجاسة لما انتقلت بتبديل صفاتها الي الطهارة وانما معني قولنا أنها نجسة الذات ان ذاتها نجست بحلول صفات الخمر فيها كما حرمت بذلك ألا ترى أنها قد كانت طاهرة حلالا حين كونها عصيراً قبل حلول صفات الخمر فيها فلما حلت فيها صفات الخمر نجست بذلك وحرمت به فلما كان حلول صفات الخمر في العصير علة في تحريمه وتنجيسه وجب اذا ارتفعت منها تلك الصفات التي هي العلة في التحريم والتنجيس أن يزول الحكم بزوال العلة وهذا ما لا خلاف فيه بين أحد من القايسين أن الحكم الواجب لعلة شرعية يزول بزوال العلة ما لم تخلفها علة أخري موجبة لمثل حكمها فلا خلاف بين أحد من المسلمين أعلمه في أن الخمرة نجسة ولا في أنها اذا تخللت من ذاتها تطهر فتحل الا ما ذهب اليه ابن لبابة في أن نجاستها مختلف فيه وأما قول مالك رحمه الله فيها أن أكلها حلال اذا تخللت أو عالجها رجل حتى تخللت يدل أنها عنده ليست بنجسة وان حرم شربها اذ ليس كل حرام نجس من ذلك الحرير والذهب للرجل ومالايؤكل لحمه وغيرذلك وان كراهيته للخمر التي تعالج بالحيتان حتي تصير مريا خلاف ذلك وأنه على القول بانها نجسة تنجس ماحلت فيه من الماء والطعام كسائر النجاسات فقوله خطأ صراح بل لااختلاف في أنها نجسة تنجس الثياب والماء والطعام ولا اختلاف في أنها اذا تخللت من ذاتها تحل وتطهر وانما اختلفوا اذا خللت هل تؤكل أم لا على اختلافهم في وجه المنع من تخليلها اذ قد قيل أن المنع من تخليلها عبادة لا لعلة وقيل بل منع من ذلك لعلة وهي التعدي والعصيان في اقتنائها وقيل بل العلة في ذلك التهمة لمقتنيها في ان لا يخللها اذا غاب عليها فيحكم عليه باراقتها لذلك ولا يمكن من تخليلها فعلي القول بأن المنع من تخليلها عبادة لا لعلة لا يجوز تخليلها في موضع من المواضع ويتخرج جواز أكلها اذا خللت على قولين جاريين على اختلافهم في النهي هل يقتضي فساد المنهى عنه أم لا يقتضيه وعلى القول بان المنع من تخليلها لعلة يجوز تخليلها اذا ارتفعت العلة فمن رأى العلة في ذلك التعدى

والعصيان في اقتنائها اجاز لمن تخمر له عصير لم يرد به الخمر ان يخلله وقال انه ان خلل ماعصى في اقتنائه لم يأ كله عقوبة ومن رأى العلة فى ذلك التهمة لمقتنيها فى انلا يخللها اذا غاب عليها اجاز للرجل فى خاصة نفسه ان يخلل ماعنده من الخمر على أي وجه كان ويأ كله وان كان الاختيار له انلا يفعل وان يبادر الى اراقتها كما فعل الصحابة رضى الله عنهم في حديث أنس فيتحصل في جواز تخليل الخمر ثلاثة أقوال أحدها ان ذلك لايجوز دون تفصيل والثانى ان ذلك جائز دون تفصيل على كراهية والثالث الفرق بين ان يقتني الخمر أو يتخمر عنده عصير لم يرد به الخمر وفى جواز أ كلها ان خللها على مذهب من لايجيز له تخليلها فى حال ثلاثة أقوال الجواز والمنع والفرق بين ان يخلل من الخمر مااقتنى أو ماتخمر عنده ممالم يرد به الخمر وهذا قول سحنون والقولان الاولان لمالك وقد علل بعض البغداديين وهو عبد الوهاب المنع من أ كلها اذا خللت على مذهب الشافعى ببقائها على النجاسة وهو تعليل فاسد اذ لو بقيت على النجاسة اذا خللت لكان احرى ان تبقي عليها اذا تخللت الا ان يريد ببقائها على النجاسة بقاءها على حكم النجاسة في المنع من الاكل مع زوال النجاسة فيكون لذلك وجه وهو انه جعل ارتفاع صفات الخمر من الخمر بالتخليل كارتفاع النجاسة عن الثوب بالغسل بما سوي الماء من المائعات فتكون الخمر اذا خللت طاهرة ان وقع شئ منها بعد التخليل فى ماء أو ثوب لم تنجسه كما يكون الثوب النجس اذا غسل بما سوي الماء من المائعات حتي زالت النجاسة عنه طاهراً ان حل في ماء طاهر لم ينجسه ويكون حكم نجاسة الخمر اذا خللت باقيا على الحل فى المنع من الا كل كما يكون حكم نجاسة الثوب اذا غسل بما سوى الماء من المائعات باقيا على الثوب فى المنع من الصلاة فيه وهذا كله بين والحمد لله فان قال قائل ان كانت الخمر نجسة فكيف تطهر اذا تخللت عند مالك ومن قال بقوله وان المنجوسات لا يطهرها من النجاسات الا الماء الطاهر قيل له الفرق بينهما إن للنجاسات أعيانا قائمة بأنفسها لايستقل بقاؤها فاذا خالطت الاجسام الطاهرة لم تنفصل عنها عند مالك رحمه الله تعالى الا بالماء لقول عز وجل وأنزلنا من السماء

ماء طهوراً وطهور فى أبنية التكثير فوجب أن يختص بالماء التطهير دون ما سواه من المائعات وأما صفات الخمر فليست بأعيان قائمة بأنفسها لان الله خالقها خالقا لا يبقى فلا تتصف بطهارة ولا نجاسة ومحلها يتصف بالنجاسة بها من جهة الشرع فاذا زالت عنه لم تتصف بالنجاسة ولا حكم له بحكمها وحكم له بحكم ما انتقل اليه من المائعات الطاهرة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب العقيقة ﴾

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه العقيقة هي الذبيحة التي تذبح عن المولود يوم سابعه وقد اختلف في وجه تسميتها عقيقة فحكى أبو عبيد عن الاصمعي وغيره أن العقيقة الشعر الذي يكون على رأس المولود وانما سميت الشاة التي تذبح عنه عقيقة لانه يحلق رأسه عند ذبحها وهو الاذى الذي جاء الحديث باماطته عنه ويشهد لقوله بيت امرئ القيس

أيا هند لا تنكحي بوهة عليه عقيقته احتبا

فالعقيقة والعقة الشعر الذي يولد به الطفل وقيل في معنى البيت أى انه لم يعق عنه في صغره حتى كبر عابه بذلك وقال أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى انما العقيقة الذبح نفسه وهو قطع الاوداج والحلقوم ومنه قيل للقاطع رحمه في أبيه وأمه عاق وهو كلام غير محصل والتحقيق فيه على ماذهب اليه أن العقيقة الذبيحة نفسها لانها هي التي تقطع أوداجها وحلقومها فهي فعيلة من العق الذى هو القطع بمعنى مفعولة مثل قتيلة ورهينة وما أشبه ذلك والعقيقة من الاشياء التي كانت في الجاهلية فأقرت في الاسلام روى عن عبد الله بن بريدة عن أبيه أنه قال كنا في الجاهلية اذا ولد لنا غلام ذبحنا عنه شاة ولطخنا رأسه بدمها ثم كنا في الاسلام اذا ولد لنا غلام ذبحنا عنه شاة ولطخنا رأسه بالزعفران فهي سنة من سنن الاسلام وشرع من شرائعه الا أنها ليست بواجبة عند مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه وهي عندهم من السنن التي الاخذ بها فضيلة وتركها غير خطيئة والدليل على ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن العقيقة فقال لاأحب العقوق وكانه انما كره الاسم وقال من ولد له ولد فأحب أن ينسك على ولده فليفعل وماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الغلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويحلق رأسه ويسمي يدل على وجوبها وتأويل ذلك عندنا على أن ذلك كان في أول الاسلام ثم

نسخ ذلك بعد بقوله من أحب أن ينسك على ولده فليفعل فسقط الوجوب ومن أهل العلم من تعلق بما يدل عليه الحديث المذكور وغيره من الوجوب فأوجب العقيقة وقال ان من لم يعق عنه وهو صغير يلزمه أن يعق عن نفسه وهو كبير على ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن نفسه بعد ماجاءته النبوة ولم يصح ذلك عند مالك رحمه الله تعالى فأنكره وقال أرأيت أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين لم يعق عنهم في الجاهلية أعقوا عن أنفسهم فى الاسلام هذه الاباطيل واما ماتضمنه الحديث من تسمية المولود يوم سابعه فاليه ذهب مالك رحمه الله تعالى والامر فى ذلك واسع روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين ولد له ابنه ابراهيم ولدلي الليلة غلام فسميته باسم أبى ابراهيم وأنه أتي بعبد الله بن أبي طلحة صبيحة الليلة التى ولد فيها فحنكه بتمر عجوة ودعى له وسماه عبد الله في حديث طويل فالمشهور عند مالك أنه لا يعق عن المولود الا يوم سابعه وقد روي أشهب عنه فى الذى لا يتهيأ له ما يعق به عنه يوم سابعه أنه لا يعق عنه بعده الا أن يكون قريبا وروى ابن وهب عنه أنه ان لم يعق عنه يوم سابعه عق عنه يوم السابع الثاني فان لم يفعل عق عنه فى الثالث فان جاوز ذلك فقد فات موضع العقيقة فقيل يحسب السابع من غروب الشمس وقيل من طلوع الفجر وقيل من زوال الشمس وقيل يحسب ذلك النهار ان بقيت منه بقية قبل الغروب على ماسنذكره بعد هذا ان شاء الله وحكم العقيقة حكم الضحايا لانها نسك فلا يباع جلدها ولا لحمها ولا يعطي الجزار على جزارتها شيئا من لحمها ويتقى فيها من العيوب مايتقى فى الضحايا ويؤكل منها ويتصدق وتكسر عظامها ولا يمس الصبي بشيء من دمها لان ترك كسر عظامها وان يلطخ الصبي بشيء من دمها من أفعال الجاهلية وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال في الغلام عقيقة فاهرقوا عنه دما وأميطوا عنه الاذى فقيل ان إماطة الاذى عنه المأمور به في الحديث بترك ما كان أهل الجاهلية يفعلونه من لطخ رأسه بدمها وقيل بل ذلك حلق شعر رأسه وهو الاظهر قال الله عز وجل فمن كان منكم مريضاً أو به أذى

من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك فأوجب الفدية على المحرم لاماطة الاذى
عن نفسه بحلق شعر رأسه فكان العقيقة فيها أيضا مع الفدية عن المولود إماطة الاذى
عنه بحلق شعر رأسه ولهذا المعنى والله أعلم قال عطاء يبدأ بالحلق قبل الذبح وسنتها أن
تذبح ضحوة الى زوال الشمس ويكره ان تذبح بالعشي بعد زوال الشمس أو بالسحر
قبل طلوع الشمس واما ان ذبحها بالليل فلا يجتزأ بها وأفضل ما يعق به بالضأن ثم
المعز ثم البقر ثم الابل وقد روي عن مالك أنه لايعق الا بالغنم والعقيقة عند مالك
رحمه الله تعالى عن الجارية والغلام سواء شاة عن كل واحد منهما وقد روى عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحب ان ينسك عن ولده فلينسك عن الغلام شاتان
مكافئتان وعن الجارية شاة والمكافئتان المماثلتان المشتبهتان وذهب الى هذا جماعة من أهل
العلم منهم ابن عمر وعائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فمن أخذ به فما أخطأ ولقد أصاب
وقد اختلف فى أي وقت يحسب سابع المولود اذا ولد على أربعة أقوال (أحدها) أن يحسب
له سبعة أيام بلياليها من غروب الشمس ويلغى ماقبل ذلك ان ولد فى النهار أوفي الليل
بعد الغروب ويعق عنه فى ضحى اليوم السابع وهو قول ابن الماجشون في ديوانه
(والثانى) أنه ان ولد فى النهار بعد الفجر ألغي ذلك اليوم وحسب له سبعة أيام من
اليوم الذي بعده وان ولد قبل الفجر وان كان ذلك في الليل حسب له ذلك اليوم وهو
قول ابن القاسم وروايته عن مالك (والثالث) أنه ان ولد فى شباب النهار قبل الزوال
حسب له ذلك اليوم وان لم يولد الا بعد الزوال ألغي ذلك اليوم وهذا القول حكي عن
ابن الماجشون أنه كان قول مالك رحمه الله أولا ثم رجع عنه (والرابع) أنه يحسب
ذلك اليوم وان ولد فى بقية منه قبل الغروب وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمة
واختار أصبغ أن يلغى ذلك اليوم فان حسب سبعة أيام من تلك الساعة التى ولد فيها
اجتزى بذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في بيان حكم النكاح في الشرع هل هو واجب أو مندوب اليه أو مباح
قال الله عز وجل وهو الذى خلق من الماء بشراً فجعله نسبا وصهراً وكان ربك قديرا

وقال تعالى ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة وقال تعالى يا أيها الناس انا خلقنا كم من ذكر وأنثى وجعلنا كم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله أتقا كم الآية وقال تعالى يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء وقال تعالى هو الذى خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن اليها فلما تغشاها الآية فالنكاح الذى هو الغشيان جبل الله الخلق عليه بما ركب فيهم من الشهوات ليكون بهم نسل حتى يكمل ماقدره من الخلق وأباحه فى الشرع على وجهين (أحدهما) عقد النكاح (والثانى) ملك اليمين فلا يحل استباحة الفرج بما عدا هذين الوجهين قال الله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون فأما النكاح فانه فى الجملة مرغب فيه ومندوب اليه خلافا لاهل الظاهر فى قولهم إنه واجب والدليل على ذلك من كتاب الله عزوجل لانه خير فيه بين النكاح وملك اليمين فقال فان خفتم الا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم وملك اليمين ليس بواجب باجماع ولا يصح التخيير بين واجب وما ليس بواجب لان ذلك مخرج للواجب عن الوجوب وقال تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فدل ذلك من قوله على ان النكاح غير واجب لان من حفظ فرجه عن الزنا بملك يمينه أو باستغنائه عن النكاح توجهت المدحة اليه من الله عز وجل فاذا ثبت بهذه الادلة أن النكاح غير واجب علم أن الاوامر الواردة فى القرآن بالنكاح في قوله فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ليست على الوجوب فهي على الندب لا على الاباحة والدليل على ذلك حض رسول الله صلى الله عليه وسلم على النكاح ونهيه عن التبتل وهو ترك النكاح قال صلى الله عليه وسلم تزوجوا فانى مكاثر بكم الامم يوم القيامة وقال صلى الله عليه وسلم من أحب فطرتى فليستن بسنتى وقال من تزوج فقد استكمل نصف

الدين فليتق الله فى النصف الثانى ومعنى ذلك والله أعلم أن بالنكاح يعف المرء عن الزنا والعفاف احدى الخطتين اللتين ضمن رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهما الجنة فقال من وقاه الله شر اثنتين له الجنة ما بين لحييه وما بين رجليه وقال صلى الله عليه وسلم ما أحل الله شيئاً أحب الىّ من نكاح وقال عليكم بالباءة فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يكن له طول فعليه بالصوم فانه له وجاء وقال صلى الله عليه وسلم مسكين مسكين رجل لا زوجة له ومسكينة مسكينة امرأة لا زوج لها قيل وان كان ذا مال يا رسول الله قال وان كان ذا مال وقال صلى الله عليه وسلم لا رهبانية فى الاسلام ولعن الله المتبتلين والمتبتلات ومعناه التاركين للنكاح استسنانا وتشرعا فالنكاح من القادر عليه اذا لم تكن له حاجة اليه مستحب عند أهل العلم روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه كان يقول انى لاتزوج المرأة ومالى فيها حاجة وأطأها وما أشتهيها قيل له وما يحملك على ذلك قال حبي فى أن يخرج الله منى من يكاثر به النبي صلى الله عليه وسلم النبيين يوم القيمة فانى سمعته يقول عليكم بالابكار فانهن أعذب أفواها وأحسن أخلاقا وأنتق أرحاما وانى مكاثر بكم الامم يوم القيمة يعنى بقوله انتق أرحاما أقبل للولد فان كان حصوراً أو عنيناً أو عقيما يعلم من نفسه انه لا يولد له فالنكاح له مباح وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما من احتاج الى النكاح ولم يقدر علي الصبر دون النساء ولا كان عنده مال يتسرى به وخشى على نفسه العنت ان لم يتزوج فالنكاح عليه واجب ومن لم يحتج اليه وخشى ان لا يقوم بما أوجب الله عليه فيه فهو له مكروه فمن الناس من يجب عليه النكاح ومنهم من يستحب له ومنهم من هو جائز له ومباح من غير استحباب ومنهم من يكره له على ما بيناه فالقول انه واجب على الاطلاق ومندوب اليه على الاطلاق ليس بصحيح وكذلك المرأة قد يكون عليها النكاح واجبا وقد يكون لها مستحبا وقد يكون لها مباحا جائزاً وقد يكون لها مكروها وأما الوطء بملك اليمين فانما هو من قبيل المباح وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في بيان ما يحرم نكاحه من النساء وقوله عز جل فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ليس على عمومه وكذلك قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وهن اللواتى لا أزواج لهن ابكاراً كن أو ثيباً ليس على عمومه أيضاً لان الله تعالى خص من ذلك من حرمه من النساء وذلك سبع عشرة امرأة وهي الام والابنة والاخت والعمة والخالة وبنت الاخ وبنت الاخت والام والاخت من الرضاعة وأم الزوجة وبنت الزوجة وهى الربيبة وزوجة الابن وزوجة الاب والجمع بين الاختين والمحصنات وهن ذوات الازواج والمجوسيات والاماء الكتابيات سبع بالنسب واثنتان بالرضاع وست بالصهر واثنتان بالدين فقال تعالي حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فهؤلاء المحرمات بالنسب وقال تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فهاتان المحرمتان بالرضاعة وقال وأمهات نسائكم وربائكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وان تجمعوا بين الاختين الا ماقد سلف وقال والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم وقال ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء الا ماقد سلف فهؤلاء المحرمات بالصهر وقال ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وقال ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ماملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات فتمت السبع عشرة امرأة وما سواهن فنكاحهن حلال قال الله تعالى لما نص على هؤلاء المحرمات وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين الا ماخصص من ذلك أيضا بالسنة المبينة للقرآن على ماسنذكره ان شاء الله تعالى وبالله التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويدخل في قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم أمهات الأمهات والجدات من قبل الآباء والامهات كن يرثن أولا يرثن وتلخيص ذلك ان كل من لها عليك ولادة فهى عليك حرام لانها داخلة تحت قوله حرمت عليكم أمهاتكم ويدخل في

قوله وبناتكم البنات وبنات البنات وبنات البنين وان سفلوا كل من لك عليها ولادة فهي عليك حرام لانها داخلة تحت قول الله عز وجل وبناتكم ويدخل في قوله وأخواتكم جميع الاخوات للاب والام وللاب دون الام وللام دون الاب ويدخل في قوله وعماتكم وخالاتكم العمات والخالات للاب والام وللاب دون الام وللام دون الاب وعمات الآباء وخالاتهم وعمات الامهات وخالاتهنّ وتلخيص ذلك أن كل من ولده جدك أو جدتك وان علوا من قبل الآباء كانا أو من قبل الام فهي عليك حرام ولا يدخل في ذلك شيء من بناتهنّ أولئك حلال نكاحهنّ قال الله عز وجل يا أيها النبي انا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهنّ وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها ويدخل في قوله وبنات الاخ بنات بنات الاخ وبنات بنيه وان سفلن كل من لاخيك عليه ولادة فهي عليك حرام كان الاخ للاب والام أو للاب دون الام أو للام دون الاب ويدخل في قوله بنات الاخت بنات بناتها وبنات بنيها وان سفلن كل من لاختك عليها ولادة فهي عليك حرام كانت الاخت للاب والام أو للاب دون الام أو للأم دون الاب ويدخل في قوله وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم أمهاتهن وان علون وبناتهن وبنات بناتهن وبنات بنيهن وان سفلن وأخواتهن وعماتهن وخالاتهن من قبل الاب والام ومن قبل الاب دون الام ومن قبل الام دون الاب ولايدخل في ذلك شيء من بنات أخواتهن ولا من بنات عماتهن ولا من بنات خالاتهن ويدخل في قوله وأخواتكم من الرضاعة الاخوات للأب والام وللأب دون الام وللأم دون الاب لان اللبن يحرم من قبل المرضعة ومن قبل زوجها بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم اللبن للفحل ويدخل في قوله وأمهات نسائكم أمهات الامهات ومن فوقهن من الجدات وليس يدخل فيه بنات الأمهات ولا أخواتهن ولا عماتهن ولا خالاتهن أولئك حل نكاحهن بعد موتهن أو فراقهن لانهن ذوات محارم فانما يحرم الجمع بينهن ويدخل في قوله

وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن بنات البنات وبنات البنين وان سفلن ولا تحرم الربيبة ولا شئ من بناتها أو بنات بنيها الا بالدخول بالام أو التلذذ بشئ منها بسبب الشرط الذى فيها وأما الام فانها تحرم بالعقد على الابنة لانها مبهمة لا شرط فيها ويدخل فى قوله وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم أبناء الابناء وأبناء البنات وان سفلوا كانوا من نسبة أو رضاع وانما قيد الله تعالى تحريم حلائل الابناء بقوله تعالى من أصلابكم تحليلا لحلائل الابناء الادعياء لا تحليلا لحلائل الابناء من الرضاعة لانه يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب بنص الكتاب والسنة ولذلك تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت جحش التى كانت زوجة زيد بن حارثة الذى كان تبناه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله عز وجل فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لكيلا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم اذا قضوا منهن وطراً وقال ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وقال وما جعل أدعياءكم ابناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وذلك ان اليهود والمنافقين قالوا لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج حليلة ابنه وقد كان ينهى عن ذلك فانزل الله عز وجل فى ذلك ماأنزل تكذيبا لهم وردا لقولهم وتجويزا لما فعله النبى صلى الله عليه وسلم ويدخل فى قوله وان تجمعوا بين الاختين الاماقد سلف الجمع بين ذوات المحارم كلهن من ذلك الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها التى ورد النهى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الجمع بينهما بيانا لما فى القرآن من ذلك اذ لاجائز أن يقول قائل أن تحريم الجمع بينهما انما هو بالسنة لا بالقرآن فالله يقول فى كتابه بعد ان ذكر المحرمات وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ويدخل فى قوله ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف آباء الآباء ومن فوقهم من الاجداد من النسب ومن الرضاع

﴿ فصل ﴾ فاذا تزوج الرجل امرأة وابنتها فى عقدة واحدة فان عثر على ذلك قبل أن يدخل بواحدة منهما فرق بينه وبينهما بغير طلاق ولم يكن لواحدة منهما شيء من الصداق وكان له أن يتزوج من شاء منهما وقيل أنه لايتزوج الام للشبهة التى فى البنت وان مات الزوج لم يكن لواحدة منهن ميراث ولالزمتها عدة واما ان لم يعثر على ذلك حتى دخل بهما فيفرق بينهم أيضاً بغير طلاق ويجب لكل واحدة منهما مايسمى من الصداق وتستبرئ نفسها بثلاث حيض ولاتحل له واحدة منهما ابدا وان مات أيضا لم يكن لواحدة منهما ميراث واما ان عثر على ذلك بعد ان دخل بواحدة منهما معروفة فيفرق بينه وبينها ويكون للتى دخل بها صداقها المسمى ويجب عليها الاستبراء بثلاث حيض ويحرم على الزوج التى لم يدخل بها ابداً وتحل له التى دخل بها منهما ان كانت الابنة بلا خلاف وان كانت الام على اختلاف وان مات لم يكن أيضا لواحدة منهما ميراث وأما ان عثر على ذلك بعد ان دخل بواحدة منهما غير معروفة فادعت كل واحدة منهما أنها هى التي دخل بها فالقول قول الزوج مع يمينه في تعيين التى يقر أنه دخل بها ويغرم لها صداقها ويجب على كل واحدة منهما الاستبراء بثلاث حيض وان مات أخذ من ماله الاقل من الصداقين فكان بين الزوجتين بعد ايمانهما وكذلك الحكم فى الذى يتزوج الاختين فى عقد واحد الا أنه يتزوج من شاء منهما بعد الاستبراء بثلاث حيض ان كان قد دخل بهما وبالله التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما ان تزوج الام والابنة واحدة بعد واحدة فلا يخلو ذلك من ستة أوجه (أحدها) أن يعثر على ذلك قبل أن يدخل بواحدة منهما (والثانى) أن لايعثر على ذلك الا بعد أن يدخل بهما (والثالث) أن يعثر على ذلك بعد ان دخل بالاولى (والرابع) أن يعثر على ذلك بعد ان دخل بالثانية (والخامس) أن يعثر على ذلك بعد ان دخل بواحدة منهما معروفة ولا يعلم ان كانت هى الاولى أو الثانية (والسادس) أن يعثر على ذلك بعد ان دخل بواحدة منهما مجهولة فأما الوجه الاول وهو أن يعثر على ذلك قبل أن يدخل بواحدة منهما فالحكم فيه أن يفرق بينه وبين الثانية ويبقى مع الاولى

ان كانت البنت بلا خلاف وان كانت الام ففي اختلاف فان لم يعلم الاولى منهما فرق بينه وبينهما ويتزوج البنت ان شاء وتكون عنده على طلقتين ويكون لكل واحدة منهما نصف صداقها وقيل ربع صداقها والقياس أن يكون لكل واحدة منهما ربع الأقل من الصداقين وذلك اذا لم تدع كل واحدة منهما أنها هي الاولى ولا ادعت عليه معرفة ذلك فان ادعت كل واحدة منهما أنه علم أنها هي الاولى قيل له احلف انك ما تعلم أنها هي الاولى فان حلف على ذلك وحلفت كل واحدة منهما أنها هي الاولى كان لهما نصف الاكثر من الصداقين فاقتسماه بينهما على قدر صداق كل واحدة منهما وان نكلتا عن اليمين بعد حلفه كان لهما نصف الاقل من الصداقين اقتسمتاه أيضا على قدر صداق كل واحدة منهما وان نكلت احداهما وحلفت الاخرى بعد حلفه كان للتي حلفت نصف صداقها وان نكل هو عن اليمين وحلفتاهما جميعا كان لكل واحدة منهما نصف صداقها وان حلفت احداهما ونكلت الثانية بعد نكوله كان للحالفة نصف صداقها ولم يكن للناكلة شئ وان نكلتا جميعا بعد نكوله لم يكن لهما الا نصف الاقل من الصداقين بينهما على قدر صداق كل واحدة منهما وان أقر لاحداهما أنها هي الاولى حلف على ذلك وأعطاها نصف صداقها ولم يكن للثانية شئ ولو نكل هو عن اليمين وحلفتا جميعا غرم لكل واحدة منهما نصف صداقها وان حلفت الواحدة ونكلت الاخرى بعد نكوله كان للتي حلفت نصف صداقها ولم يكن للتي نكلت شئ لان الحالفة قد استحقت نصف الصداق بيمينها

﴿ فصل ﴾ وأما ان مات الزوج ولم يعلم أيتهما هي الاولى فالميراث بينهما بعد ايمانهما قال ابن القاسم ولكل واحدة منهما نصف صداقها اتفق أو اختلف والقياس أن يكون الاقل من الصداقين بينهما على قدر مهورهما بعد ايمانهما وتعتد كل واحدة منهما بأربعة أشهر وعشر للشك في أيتهما هي الاولى وأما الوجه الثاني وهو أن لا يعثر على ذلك حتى يدخل بهما جميعا فيفرق بينه وبينهما ويكون لكل واحدة منهما صداقها بالمسيس ويكون عليهما الاستبراء بثلاث حيض ولا تحل له واحدة منهما أبداً ولا

يكون لواحدة منهما ميراث ان مات وأما الوجـه الثالث وهو أن لايعلم بذلك حتى يدخل بالاولى فالحكم فيه ان يفرق بينه وبين الثانية ولاتحل له أبداً ويقر مع الاولى ان كانت البنت باتفاق وان كانت الأم على اختلاف وأما الوجه الرابع وهو أن لايعثر على ذلك حتى يدخل بالثانية فالحكم فيه ان يفرق بينه وبينهما جميعا ويكون للتى دخل بها صداقها ويكون له ان يتزوجها بعد الاستبراء من الماء الفاسد بثلاث حيض ان كانت البنت وان كانت الام لم تحل له واحـدة منهما أبداً ولا يكون لواحدة منهما ميراث اذا مات وأما الوجـه الخامس وهو أن لايعثر على ذلك حتى يدخل بواحـدة منهما معروفة ولم يعلم ان كانت هي الاولى أو الثانية فالحكم فيه ان كانت الام هى المدخول بها منهما أن يفرق بينه وبينهما ولاتحل له واحـدة منهما أبداً وان كانت الابنـة هى المدخول بها منهما فرق بينهما ثم يتزوج الابنة ان شاء بعـد الاستبراء بثلاث حيض ويكون للتى دخل بها منهما صـداقها بالمسيس وان مات الزوج فيكون على المدخول بها منهما من العدة أقصر الاجلين ويكون لها جميع صداقها قال ابن حبيب ونصف الميراث وقال ابن الموازلاشيء لهـا من الميراث وهو الصواب وأما التى لم يدخل بها منهما فلا عدة عليها ولا شيء لهـا من صداق ولا ميراث وأما الوجه السادس وهو ان لايعثر على ذلك حتى يدخل بواحدة منهما غير معروفة فالحكم فيه أن يفرق بينهما ولا تحل له واحدة منهما أبداً ويكون القول قوله مع يمينه فى التى يقر أنه دخـل بها منهما ويعطيها صـداقها ولا يكون للأخرى شيء فان نكل عن اليمين حلفت كل واحدة منهما أنها هي التى دخـل بها واستحقت عليه جميع صـداقها وان حلفت احداهما ونكلت الاخرى عن اليمين استحقت الحالفة صداقها ولم يكن للنا كلة شيء

﴿ فصـل ﴾ وان مات الزوج فقال سحنون يكون لـكل واحدة منهما نصف صداقها والقياس أن يكون الاقل من الصداقين بينهما على قدر مهورهما بعد ايمانهما وتعتد كل واحدة منهما أقصى الاجلين ويكون نصف الميراث بينهما على مذهب ابن حبيب وأما على ماذهب اليه محمد بن المواز فلا شيء لهما من الميراث وهو الصحيح لان المدخول

بها ان كانت هي الآخرة لم يكن لواحدة منهما ميراث ولا يجب ميراث الا بيقين وبالله التوفيق

﴿ فصل ﴾ ومما يضارع هذه المسئلة مسئلة الرجل يتزوج خمس نسوة أو المجوسي يسلم وعنده عشر نسوة أو الرجل يتزوج أربع نسوة مراضع فترضعهن امرأة واحدة بعد واحدة فأما ان تزوج خمس نسوة واحدة بعد واحدة فمات عنهن ولا تعلم الآخرة منهن فالميراث بينهن أخماسا دخل بهن أولم يدخل بهن وأما الصداق فان كان دخل بهن فلكل واحدة منهن جميع صداقها وان لم يدخل بواحدة منهنَّ فلكل واحدة منهن نصف صداق ان اتفقت الاصدقة أو نصف صداقها الذي سمى لها ان اختلف الاصدقة الا أن تختلف الاصدقة فيعلم مقاديرها ولا يعلم مالكل واحدة منهن منها فيكون لكل واحدة منهن نصف خمس الجميع وعلى هذا مذهب ابن حبيب ووجه قوله ان كل واحدة منهن على انفرادها لا يدرى هي الخامسة فلا شئ لها أو غير الخامسة فلها جميع الصداق فلما وجب لها جميع الصداق في حال وسقط فى حال أعطيت نصفه وقيل بل يكون لكل واحدة منهن أربعة أخماس صداقها الذي سمى لها أو أربعة أخماس صداقها ان أتفقت الصداقات أو أربعة أخماس خمس جميعها ان اختلفت ولم يعلم مالكل واحدة منهن من ذلك وهذا مذهب سحنون وابن المواز ووجهه اذ قد تحققنا ان الواجب على الميت أربع صداقات فيؤخذ ذلك من تركته وتقتسمه الزوجات الخمس بينهن أخماسا فيجب لكل واحدة منهن أربعة أخماس صداق واما ان كان دخل ببعضهن فلكل واحدة ممن دخل بها منهن جميع صداقها وفي التى لم يدخل بها منهن ثلاثة أحوال أحدها أنه يكون لكل من لم يدخل بها منهن نصف صداقها وهو قول ابن حبيب والثاني أنه يكون لكل من لم يدخل بها منهن أربعة أخماس صداقها والثالث أنه ان كانت التى لم يدخل بها واحدة فلها نصف صداقها وان كانت اثنتين فلهما صداق ونصف ثلاثة أرباع صداق لكل واحدة منهما وان كن اللواتى لم يدخل بهن ثلاثا فلهن صداقان ونصف صداق خمسة أسداس

صداق لكل واحدة منهن وان كن اللواتى لم يدخل بهن أربعا فلهن ثلاث صداقات ونصف صداق سبعة أثمان صداق لكل واحدة منهن وهو قول سحنون واليه ذهب ابن لبابة ووجهه أنا لم نعلم ان كانت الخامسة ممن بقى لم يدخل بها فلا يجب لها شيء أو ممن قد دخل بها فيجب للبواقي صداق اسقطنا نصف الصداق لثبوته في حال وسقوطه فى حال وقسما البواقي بينهن على السواء ويكون على من دخل بها من العدة أقصى الاجلين وعلى من لم يدخل بها أربعة أشهر وعشر وأما ان عثر على ذلك في حياته فيفرق بينه وبينهن فان كان قد دخل بهن كان لكل واحدة منهن جميع صداقها وكان عليها ان تعتد بثلاث حيض وان كان لم يدخل بواحدة منهن فعلى قول ابن حبيب يكون لكل واحدة منهن ربع صداقها وعلي قول سحنون وابن المواز يكون لكل واحدة منهن خمسا صداقها ولاعدة علي واحدة منهن وان كان قد دخل ببعضهن جرى الاختلاف فى ذلك على قياس ماتقدم فى الموت لان حكم نصف الصداق في الطلاق كحكم جميعه فى الموت فيكون للتى دخل بها منهن جميع صداقها ويكون عليها العدة بثلاث حيض وينظر فى التي لم يدخل بها منهن فان كانت واحدة كان لها ربع صداقها على قول ابن حبيب وسحنون وخمسا صداقها على قول ابن المواز وان كانت أكثر من واحدة فعلى قول ابن حبيب يكون لكل واحدة منهن ربع صداقها وعلى قول ابن المواز يكون لكل واحدة خمسا صداقها وعلى قول سحنون ان كانتا اللتان لم يدخل بهما اثنتين كان لهما ثلاثة أرباع صداق بينهما وان كن ثلاثا كان لهن صداق وربع صداق بينهن وان كن أربعا كان لهن صداق وثلاثة أرباع صداق بينهن على السواء

﴿ فصل ﴾ وأما ان كان تزوجهن في عقد واحد فيفرق بينه وبينهن ولا يكون لواحدة منهن ميراث ولاصداق ولاعليها عدة الا ان يدخل بواحدة منهن فيكون لمن دخل بها منهن صداقها ويكون عليها العدة بثلاث حيض وأما المجوسي يسلم وعنده عشر نسوة فيسلمن كلهن فله ان يختار منهن أربعا ويفارق سائرهن قيل بطلاق وقيل بغير

طلاق فان كان قد دخل بهن كان لكل واحدة منهن صداقها وأما ان كان لم يدخل بواحدة منهن فعلى القول بأنه يفارق سائر الاربع بغير طلاق لا يكون لمن فارق منهن صداق وهو معنى ما في المدونة وعلى القول بأنه يفارقهن بطلاق يكون لكل واحدة منهن نصف صداقها لانه كان مخيراً فيها بين ان يمسكها أو يفارقها وهو اختيار ابن حبيب وقيل ان لكل واحدة منهن خمس صداقها وكانت مفارقته اياهن بطلاق قولا واحداً وكذلك ان دخل ببعضهن فلا صداق لمن فارق ممن لم يدخل بها على معني ما في المدونة اذا كن أربعا ولها نصف صداقها على ما ذهب اليه ابن حبيب وخمس صداقها على ما ذهب اليه ابن المواز وأما الرجل يتزوج أربع مراضع فترضعهن امرأة واحدة بعد واحدة فله أن يختار منهن واحدة ويفارق سائرهن قيل بطلاق وقيل بغير طلاق فأما على القول بأنه يفارقهن بغير طلاق فلا شئ لهن من صداقهن وأما على القول بأنه يفارقهن بطلاق فقيل إنه يكون لكل من فارق منهن نصف صداقها والى هذا ذهب ابن حبيب وقيل بل يكون عليه لكل واحدة ثمن صداقها والى هذا ذهب ابن المواز ولو فارقهن جميعا كان لكل واحدة منهن ثمن صداقها قولا واحداً وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في تفسير قوله تعالى والمحصنات من النساء الاماملكت أيمانكم وقوله تعالى والمحصنات هن ذوات الازواج وقوله الا ما ملكت أيمانكم من السبايا ذوات الازواج أحلهن الله لنا بملك اليمين اذا سبين دون أزواجهن أو معهم على مذهب من يرى أن السبي يهدم النكاح وقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال أحدها قول ابن القاسم وأشهب في المدونة أن السبي يهدم نكاح الزوجين سبيا معا او متفرقين وكذلك على مذهبنا اذا سبي أحدهما قبل صاحبه ثم أتى الآخر بأمان وأما اذا أتى أحدهما أولا بأمان ثم سبي الثاني فلا ينهدم النكاح وتخير ان كان هو الذي سبي بعد ان قدمت هي بأمان من أجل الرق الذي أصابه بالسبي ويعرض عليها الاسلام ان كانت هي التي سبيت بعد أن قدم هو بأمان فاسلم الا أن تعتق اذ لا يجوز أن تكون زوجة لمسلم وهي

أمة كافرة والثانى أن السبي يبيح فسخ نكاحهما سبيا معا أو متفرقين الا ان يقدم أحدهما قبل صاحبه بامان والى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة لانه قال ينفسخ النكاح بالسبى الا أن يسلما أو يسلم أحدهما أو يقرا على نكاحهما وعليه تأتى رواية عيسى عن ابن القاسم فى كتاب التجارة الى أرض الحرب فى الامام يبيع السبى على أن هذا زوج هذه وهذه امرأة هذا أنه ليس للمشترى أن يفرق بينهما والثالث قول ابن المواز ان السبى لا يهدم نكاحهما ولا يبيحه سبيا معا أو متفرقين وان سبيت الامة على مذهبه ثم سبي زوجها أو قدم بأمان قبل أن توطأ بالملك فهو أحق بها والرابع الفرق بين أن تسبي هي قبله أو يسبي هو قبلها أو معها فيستحيا وهو قول ابن بكير في الاحكام وقد قال جماعة من المفسرين أن المحصنات فى هذه الآية جميع النساء فهن حرام لا يحللن الا بالتزويج أو بملك اليمين والى هذا ذهب سعيد بن المسيب فى قوله ويرجع ذلك الى أن الله حرم الزنا وقد قيل ان قوله في الآية الا ماملكت أيمانكم هن الاماء ذوات الازواج من أهل الحرب وغيرهن فيحللن بملك اليمين بالسبي وبالشراء فى غير السبي قال بذلك من ذهب الى أن بيع الامة طلاقها وانها تحل لمشتريها بملك يمينه

﴿ فصــل ﴾ ويحرم الوطء بملك اليمين والتلذذ به مايحرم الوطء بالنكاح ويحرم من وطء المملوكات بالقرابة مايحرم نكاحه من الحرائر بالقرابة والرضاعة وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصــل ﴾ ولايحــل وطء المجوسيات بنكاح ولا ملك يـمين لقول الله عز وجـل ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولا نكاح الامة من أهل الكتاب لقول الله عز وجل من فتياتكم المؤمنات وانما يحل نكاح الحرائر منهن لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ويحل وطء الاماء من أهل الكتاب بملك اليمين لقوله عزوجل الا ماملكت أيمانكم وبالله التوفيق

﴿ فصــل ﴾ فى نكاح الحر الامة المسلمة وأما الامة المسلمة فالمشهور عن مالك رحمه الله أن الحر لايجوز له نكاحها الا مع عدم الطول وخوف العنت وقد روى عن مالك

رحمه الله تعالى أن ذلك جائز مع وجود الطول والامن من العنت وهو المشهور عن ابن القاسم رحمه الله تعالى وهذا الاختلاف جار على الاختلاف فى القول بدليل الخطاب فمن رأى القول بدليل الخطاب لم يبح نكاح الأمة للحر الا بالشرطين ومن لم ير القول به أباح ذلك دون الشرطين والعلة في المنع من ذلك الا بالشرطين عند من رأى القول بدليل الخطاب الكراهة للمرء أن ينكح نكاحا يرق فيه ولده فعلى هذا اذا تزوج الحر أمة من يعتق عليه ولده منها أو كان ممن لا يولد له كالحصور وشبهه جاز نكاحه مع عدم الشرطين لعدم علة المنع من ذلك قولا واحداً كالعبد والله أعلم

﴿ فصل ﴾ فعلى القول بان الحر يتزوج الأمة وان كان واجداً للطول آمنا من العنت لا كلام للحرة ان تزوج الامة عليها أو تزوجها على الامة لان الامة على هذا القول من نسائه كالعبد هذا الذي تدل عليه الفاظ المدونة وقد تأول أبو اسحاق التونسي ان الحق للحرة فى ذلك على كلا القولين جميعا سواء وهذا انما يصح على قول ابن الماجشون الذى يرى الخيار للمرأة اذا تزوج العبد عليها أمة أو تزوجها على الامة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف على القول بالمنع الا مع عدم الطول فى الطول ماهو فقيل هو ان يجد صداق الحرة ويقدر على نفقتها وقيل بل هو ان يجد صداقا لها وان عجز عن نفقاتها والاول أصح واختلف أيضا فى الحرة تكون تحته هل هي طول تمنعه من نكاح أمة ام لا على قولين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف أيضا على هذا القول اذا عدم الطول فتزوج امة ثم وجد طولا فقيل انه يفارق الامة ويتزوج حرة وقيل يبقي معها الا ان يتزوج حرة فيفارقها وقيل يبقى معها وان تزوج حرة لانه قد تقدم تزويجه اياها بوجه جائز واما ان ذهب عنه خوف العنت بتزويج الامة فليس عليه مفارقتها قولا واحداً فاذا تزوج الرجل الحر الامة على الحرة أو الحرة على الامة فاما على القول باطلاق تزويج الامة دون الشرطين فلا كلام للحرة فى ذلك الا على ما ذكرناه عن أبي اسحاق التونسي وأما على القول

بأن ذلك لايجوز الا على الشرطين اللذين ذكرهما الله في كتابه ففي ذلك خمسة أقوال (أحدها) أن الحرة بالخيار فى نفسها كانت هى المتزوجة على الامة أو كانت الامة هي المتزوجة عليها (والثانى) أنها ان كانت هى المتزوجة على الامة كانت بالخيار في نفسها وان كانت الامة هى المتزوجة عليها كانت بالخيار فى الامة (والثالث) أنه ان كانت الامة هى الداخلة عليها فلها الخيار فى نفسها وان كانت هى الداخلة على الامة فلا خيار لها لانها تركت النظر لنفسها والتثبت فى أمرها (والرابع) أنه ان كانت الامة هي الداخلة عليها فسخ نكاحها ولم يجز وان كانت هي الداخلة على الامة فسخ نكاح الامة وهو على القول بأن الحرة طول يمنع من نكاح الامة (والخامس) أنه ان كانت هي الداخلة على الحرة فسخ نكاح الامة وان كانت الحرة هي الداخلة عليها لم يفسخ نكاح الامة المتقدم لانه وقع بأمر جائز

﴿ فصل ﴾ فى أن النكاح لايكون الا بصداق ولايكون النكاح الا بصداق قال الله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة وقال تعالى ياأيها النبي انا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وقال تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة وقال وآتيتم احداهن قنطاراً وقال الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكاح الا بولى وصداق وشهيدى عدل فالزوج لايستبيح الفرج الا بصداق وقال الله تعالى فيه إنه نحلة والنحلة مالم يعتض عليه فهي نحلة من الله تعالى فرضها للزوجات على أزواجهن لاعن عوض الاستمتاع بها لانها تستمتع به كما يستمتع بها ويلحقها من ذلك مثل الذي يلحقه لان المباضعة فيما بينها وبين زوجها واحدة ولهذا المعني لم يفتقر عقد النكاح الى تسمية صداق ولو كان الصداق ثمنا للبضع حقيقة لما صح النكاح دون تسمية كالبيع الذى لاينعقد الا بتسمية الثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في حد الصداق فى النكاح ولما لم يبح الله تعالى النكاح الا بصداق ولم يرد فيه حد فى القرآن ولا في السنة وقام الدليل على أنه لابد فيه من حد يصار اليه اذ لم

يجز النكاح بالشيء اليسير الذي لاقدر له ولا بال لقيمته لكونه في معنى الموهوبة التي خص الله بها نبيه صلى الله عليه وسلم دون المؤمنين فقال وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين وجب أن يعتبر الحد فيه برده الى بعض الاصول التي ورد التوقيت بها وان لم تكن في معناها فجعل حد أقل الصداق ثلاثة دراهم اعتباراً بأقل ما تقطع فيه يد السارق وهذا اعتبار صحيح لان الله تعالى أوجب قطع يد السارق مطلقا دون تقييد بمقدار كما أوجب الصداق في النكاح مطلقا دون تقييد بمقدار وقام الدليل على أنه لا يجوز أن يستباح الفرج بمثل ذلك من النذر الحقير فلما وجد ما يقطع فيه يد السارق مقيداً في السنة بمقدار وجب أن يحمل النكاح المطلق عليه

﴿ فصل ﴾ وذهب أهل العراق الى أنه لا يجوز النكاح بأقل من عشرة دراهم اعتباراً بما يجب فيه القطع في مذهبهم والسنة ثابتة عن النبي صلى الله عليه وسلم بخلاف ذلك ثبت في الحديث أن عبد الرحمن بن عوف جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره أنه تزوج فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها قال زنة نواة من ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة وزنة النواة خمسة دراهم ولم تكن من ذهب وانما كانوا يسمون الخمسة زنة نواة فهذا يرد مذهبهم ويبطله

﴿ فصل ﴾ وقد ذهب جماعة من أهل العلم الى أنه يجوز النكاح بالدرهم والدرهمين وبالشيء اليسير منهم ابن وهب من أصحابنا والصحيح ما ذهب اليه مالك رحمه الله وجمهور أصحابه ومن قال بقولهم وقد استدل بعض المالكيين على أن النكاح لا يجوز بأقل من ثلاثة دراهم بأن قال ان الله تعالى لما شرط عدم الطول في نكاح الاماء واباحه لمن لم يجد طولا علم أن الطول لا يجده كل الناس ولو كان الفلس والدانق والقبضة من الشعير لما عدمه أحد ومعلوم أن الطول هو المال في هذه الآية ولا يقع اسم مال على أقل من ثلاثة دراهم فوجب أن يمنع من استباحة الفرج بما لا يكون

طولا وليس هذا بينا وما قدمته أولى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما أكثر الصداق فلاحد له وانما ذلك على ما يتراضى عليه الازواج والزوجات وعلى الاقدار والحالات قال الله عز وجل وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا والقنطار ألف دينار ومائتا دينار الا أن المياسرة في الصداق عند أهل العلم أحب اليهم من المغالاة فيه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تياسروا في الصداق وكانت صدقات أزواج النبي صلى الله عليه وسلم على عظم مرتبته وعلى قدره وأقدارهن اثنى عشر أوقية ونشا والاوقية أربعون درهما والنش عشرون درهما فذلك خمسمائة درهم وكان صلى الله عليه وسلم يزوج بناته على مثل ذلك مع عظم مراتبهن وعلو أقدارهن لمياسرته في صدقاتهن وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه سأل رجلا من الانصار عن امرأة تزوجها فقال كم أصدقتها قال مائتى درهم فقال صلى الله عليه وسلم لو كنتم تغرفون من البطحاء مازدتم وروى أن عبد الله بن أبى حدرد تزوج امرأة بأربع أواق فأخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لو كنتم تنحتون من جبل مازدتم وقال عمر بن الخطاب لاتغالوا في مهور النساء فان ذلك لو كان مكرمة في الدنيا أوتقوي عند الله عز وجل كان أولا كم بها النبي صلى الله عليه وسلم ما أصدق امرأة من نسائه ولا اصدقت امرأة من بناته أكثر من اثني عشر أوقية ألا وان أحدكم ليغلى صداق امرأته حتى يبقى لها عداوة في نفسه فيقول لها لقد كلفت لك حتى علق القربة[1] وروى عنه رضى الله عنه أنه أراد أن يرد صدقات النساء إلى قدر مالا يزدن عليه فقالت له امرأة ان الله يقول وآتيتم احداهن قنطاراً فقال كل الناس أفقه منك يا عمر حتى امرأة وروى الشعبي عنه رضى الله عنه أنه خطب الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال لا تغالوا في صدقات النساء فانه لا يبلغنى عن أحد ساق أكثر من شئ ساقه نبى الله صلى الله عليه وسلم أو سيق اليه الا جعلت فضل ذلك في بيت المال ثم نزل فعرضت له امرأة من قريش فقالت ياأمير

---

(١) هكذا في الاصل ويقولون لقيت من فلان عرق القربة اذا لقى منه جهدا ومشقة

المؤمنين كتاب الله أحق أن يتبع أو قولك قال بلى كتاب الله لم ذلك قالت انك نهيت الناس أن يتغالوا في صداق النساء والله يقول في كتابه وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً فقال عمر كل أحد أفقه من عمر مرتين أو ثلاثا ثم رجع الى المنبر فقال للناس انى كنت نهيتكم عن صداق النساء فليفعل رجل في ماله ماشاء فرجع رضي الله عنه عما كان رآه فيها اجتهاداً نظراً للناس الى ماقامت به عليه الحجة فاباحه للناس واستعمله في نفسه فأصدق أم كلثوم بنة على بن أبي طالب رضي الله عنه أربعين ألفا ومما يدل على اباحة قليل الاصدقة وكثيرها أن النبي صلى الله عليه وسلم أصدق عنه النجاشي أم حبيبة لما زوجه اياها أربعة آلاف وجهزها من عنده وبعث بها اليه مع شرحبيل بن حبيبة فلم ينكر ذلك من فعله ولا أعطاها هو شيئاً من عنده على ماروى والله أعلم وزوج سعيد بن المسيب رضى الله عنه ابنته بدرهمين وقيل بثلاثة دراهم وقيل بأربعة دراهم من عبد الله بن وداعة وقصته في انكاحه اياها مشهورة ولو شاء أن يزوجها من أهل اليسار والشرف بأربعة آلاف وأضعافها مرات لفعل لتنافس الناس فيها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في أن النكاح لا يصح الا بولى ولا ينكح المرأة الا وليها قال الله عزوجل وأنكحوا الايامى منكم وقال ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وهذا الخطاب متوجه الي الأولياء فلما كان الخطاب متوجها في انكاحهن الى غيرهن ولم يكن اليهن بأن يقول ولينكح الايامى منكم وان يقول ولا ينكحوا المشركين حتى يؤمنوا دل على أنه ليس لاحد من المخاطب فيهن أن يزوج نفسه وقال تبارك وتعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن والعضل انما يصح ممن اليه عقد النكاح وقال صلى الله عليه وسلم الايم أحق بنفسها من وليها فدل على أن له معها حقا وقال لا نكاح الا بولى وصداق وشهيدى عدل وقال عمر بن الخطاب لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذوى الرأي من أهلها أو السلطان وبالله سبحانه تعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فعقد النكاح يفتقر الي ولى ورضى المزوجة الا أن تكون بكرا ذات

أب أو أمة لسيدها اكراهها على النكاح لا يصح عقد النكاح الا بهذين الوجهين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ والولاية فى نكاح الحرائر ينقسم الى قسمين خاصة وعامة فأما العامة فهي ولاية الاسلام قال الله عز وجل والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وأما الخاصة فانها تنقسم على خمسة أقسام (أحدها) ولاية نسب وهي على مراتب أعلاها الاب وأدناها الرجل من العشيرة على مذهب ابن القاسم فيدخل فيه المولى الاسفل وقيل الرجل من البطن وقيل الرجل من العصبة فلا يدخل فيه على هذين القولين المولى الاسفل ويكون من الولاية العامة (والثانى) ولاية تقديم وهى على وجهين تقديم من قبل أب وتقديم من قبل سلطان (والثالث) ولاية عتاقة وهى على وجهين مولى أعلى ومولى أسفل (والرابع) ولاية سلطان (والخامس) ولاية حضانة فاذا زوج على مذهب ابن القاسم الولى من الولاية الخاصة فيما عدى الاب فى ابنته البكر والوصى يتيمته البكر أيضاً وثم أولى منه حاضر نفذ النكاح ولم يرد وقيل ان للابعد أن يزوج ابتداء مع حضور الاقرب على مذهبه فى المدونة وان زوج الولى من الولاية العامة مع عدم الولاية الخاصة أو وجودها جاز فى الدنية ورد فى العلية ان شاء الولى الا أن يطول بعد الدخول فيمضى على مذهب ابن القاسم مراعاة للاختلاف اذ لم يخرج العقد من أن يكون وليه ولى على اختلاف تأويل بعض هذه الوجوه فى المدونة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وللولى ثمانية شروط ستة منها متفق على اشتراطها في صحة الولاية وهي البلوغ والعقل والحرية والاسلام والذكورية وان يكون مالكا أمر نفسه والاثنتان مختلف فيهما وهما العدالة والرشد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ ولا يجوز للولى أن يزوج وليته الا بعد أن تأذن له فى ذلك فاذا أذنت له أن يزوجها فزوجها ولم يسم لها الزوج كان لها ان ترد أو تجيز ما لم يطل الامر وقيل يلزمها النكاح وعلى هذا القول تأتى مسئلة المرأة تأذن لوليها أن يزوجها فزوجها كل

واحد من رجل ولا يعلم الاول منهما اذ لم يقل ان لها أن تجيز أى النكاحين شاءت وترد الآخر على قياس القول الاول ويحتمل أن تتأول المسئلة على أن كل واحد من الوليين قدسمى لها الرجل الذى وكانه على تزويجها منه فصح الجواب على كلا القولين ولا تخلو المسئلة حينئذ من أن يعثر على الامر قبل الدخول أو بعده فان عثر عليه قبل الدخول وعلم الاول فالنكاح له ويفسخ الثاني بغير طلاق وان جهل الاول منهما فسخ النكاحان جميعا بطلاق فان تزوجها احدهما بعد زوج كانت عنده على طلقتين وان تزوجها احدهما قبل زوج كانت عنده على ثلاثة تطليقات لانه ان كان هو الاول فانما تزويجه اياها تجديدا لنكاحه الاول وذلك لا يوجب عليه طلاقا وان كان الآخر فلم يلزمه طلاق اذ لم ينعقد له نكاح ويقع على الذى لم يتزوجها بتزويج الذى تزوجها منهما طلقة فمتى تزوجها كانت عنده على طلقتين واختلف هل تصدق المرأة أو الوليان في ان احدهما هو الاول على قولين احدهما قوله في المدونة أنه لا يصدق والثاني قول أشهب فى الواضحة أنه يصدق واذا كان أقر أحد الوليين أنه زوج وقد علم بتزويج الآخر قبله هل يصح له النكاح ولا يفرق بينهما أم لا وكذلك ان لم يعثر على الامر حتي دخلا جميعا يفسخ النكاحان جميعا ويدخل الخلاف المذكور في تصديق الزوجة أو الوليين على الاول منهما الا أنه يكون على كل واحد منهما صداقها المسمى بالمسيس وأما ان عثر على الامر بعد ان دخل أحدهما فان لم يعلم الاول منهما ثبت نكاح الذي دخل واختلف ان علم أن الثانى هو الذى دخل ففي المدونة أنه يثبت نكاحه وقال المغيرة وابن عبد الحكم يفسخ نكاحه وترد الى الاول بعد الاستبراء والخلاف فى هذا جار على اختلافهم في الوكالة هل تنفسخ بنفس الفسخ أو لا تنفسخ الا بوصول العلم فمن رأى أنها لا تنفسخ الا بوصول العلم قال ان النكاح لا يفسخ بشبهة العقد وهو الذى في المدونة ومن رأى أنها تنفسخ بنفس الفسخ وهو هاهنا تزويج الاول قال ان النكاح يفسخ لان الغيب كشف أنه لا نكاح له لانه تزوجها بعد فسخ الوكالة ولو أقر الوكيل انه زوجه وهو يعلم بتزويج الآخر قبله لم يصدق

وثبت النكاح على مذهب ابن القاسم الا أن تقوم بينة أنه علم بذلك قبل التزويج فيفسخ بغير طلاق ولو أقر هو على نفسه بالعلم يفسخ نكاحه بغير طلاق وكان عليه جميع الصداق وقال محمد يفسخ بطلاق وهو الصحيح لانه يتهم على فسخ نكاحه بغير طلاق وكان عليه جميع الصداق

﴿ فصل ﴾ فان عثر على ذلك بعد دخول أحدهما وعلم أنه الثاني وقد كان الاول مات أو طلق فلا يخلو من أن يكون عقد ودخل قبل موته أو طلاقه فأما ان كان عقد ودخل قبل موت الاول أو طلاقه فينفذ نكاحه بمنزلة ان لو لم يمت ولا طلاق على مذهب ابن القاسم وأما اذا عقد ودخل قبل موت الاول أو طلاقه فهو في الموت متزوج في عدة يفسخ نكاحه وترث زوجها الأول وفي الطلاق نكاحه صحيح لانه في غير عدة وقال ابن الماجشون ان كان الذي زوجها منه آخراً بعد طلاق الاول هو الأب فلا يفسخ نكاحه وان لم يدخل وان كان الوكيل هو الذي زوجها فسخ نكاحه الا أن يدخل ووجه قوله ان الاب مطلق على النكاح والوكيل تنفسخ وكالته بتزويج الأب قبله وأما ان عقد قبل الموت والطلاق ودخل بعد ذلك فحكي محمد بن المواز أن ذلك بمنزلة ما اذا عقد ودخل قبل الموت أو الطلاق يعتبر نكاحه معها ولا ميراث لها من الاول ولا عدة عليها منه والصواب أنه في الوفاة متزوج في عدة بمنزلة امرأة المفقود تتزوج بعد ضرب الاجل وانقضاء العدة ويدخل بها زوجها فينكشف انها تزوجت قبل وفاة المفقود ودخلت بعد وفاته في العدة انه يكون متزوجا في عدة ولا فرق بين المسئلتين والله سبحانه وتعالى أعلم بالتوفيق

﴿ فصل ﴾ والحرائر من النساء في النكاح على ضربين أبكار وثيب فأما البكر فلا تخلو من أن تكون ذات أب أو ذات وصي أو مهملة ذات ولي فأما ذات الاب فللاب أن يزوجها بغير أمرها صغيرة كانت أو كبيرة مالم تعنس بأقل من صداق مثلها وأن يراضي زوجها على أقل من صداق مثلها اذا أنكحها انكاح تفويض فيجوز ذلك عليها ويلزمها ويكون ذلك صداقها فان فرض لها الزوج صداق مثلها فأكثر وأبي الوالد

أن يرضى بذلك حكم له عليه السلطان بذلك وكان هو صداقها الذي يجب لها نصفه بالطلاق وجميعه بالموت أو الدخول واختلف اذا عنست فقيل لا يعتبر تعنيسها وقيل انها تخرج بالتعنيس من ولاية أبيها فعلى هذا القول لا يزوجها الا برضاها ويكون الرضا بقليل الصداق وكثيره اليها دون أبيها ويكون اذنها صماتها في النكاح خاصة بمنزلة اذا رشدها وأما ذات الوصي فلا يجوز للوصي أن يزوجها قبل بلوغها بحال ولا بعد بلوغها باقل من صداق مثلها وان رضيت وله أن يزوجها اذا بلغت عنست أو لم تعنس برضاها ويكون اذنها صماتها بما رضي به من صداق مثلها فاكثر وان لم ترض اذ ليس لها مع الوصي من الرضا بالمهر شيء وله أن يراضي الزوج في نكاح التفويض عن صداق مثلها فاكثر فيجوز ذلك عليها ويلزمها ويكون هو صداقها الذي يجب لها نصفه بالطلاق وجميعه بالموت أو الدخول رضيت أو لم ترض فان لم يرض هو بذلك ورضيت هي به لم يكن ذلك صداقها الا بحكم السلطان وليس له أن يراضي الزوج على أقل من صداق مثلها عند مالك رحمه الله تعالى خلاف مذهب ابن القاسم في أن ذلك جائز له على وجه النظر لانه شرط رضاها وفي ذلك من قوله نظر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان دخل الزوج بها قبل التراضي على صداق وجب لها صداق مثلها بالدخول وكذلك البكر ذات الاب ولم يكن للاب ولا للوصي على مذهب مالك وأصحابه الرضا باقل من ذلك وهو نص قول غير ابن القاسم في باب نكاح التفويض وقد وقع لمالك في الباب المذكور ماظاهره للاب بعد الدخول الرضا باقل من صداق المثل وهو خلاف المعلوم من مذهبه واما المهملة ذات الولي فليس للولي أن يزوجها اذا بلغت باقل من صداق مثلها أيضا واختلف في صداق مثلها فاكثر فقيل الرضا بتزويجها بذلك اليه دونها وهو قول ابن حبيب في الواضحة وقيل بل ذلك اليها دونه وحكي هذا القول فضل عن عيسي بن دينار ونسبه الى المستخرجة ولم يقع ذلك له عندنا فيها والقياس اذا اختلفا في ذلك ان لا يثبت ما رضي به احدهما صداقا الا بعد نظر

السلطان وثبوت ما اجتمعا علي الرضا به صداقا دون نظر السلطان الا استحسانا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما الثيب فلا تخلو من أن تكون مالكة لأمر نفسها أو غير مالكة لأمر نفسها في ولاية أب أو وصى فأما المالكة لأمر نفسها فلا يملك الولى عليها الا ولاية العقد خاصة وقد اختلف فى المالكة لأمر نفسها مع الوصي الذي لا ولاية له عليها فذهب ابن حبيب الى أنه أحق من الولى بتزويجها وقال أصبغ الولى أحق بذلك منه وقال سحنون ليس بولى لها وذلك اذا قال الوصي فلان الوصى ولم يزد وأما التى هى غير مالكة لأمر نفسها فى ولاية أب أو وصى فحكمها حكم البكر ذات الوصى حاشا أن اذنها يكون بالنطق دون الصمت الا أن تكون تأيمت من زوج بنكاح فاسد أو صحيح قبل البلوغ وبعد الدخول فاختلف فيها علي ثلاثة أقوال (أحدها) أن الاب يجبرها على النكاح ما لم تبلغ (والثاني) أنه يجبرها عليه وان بلغت (والثالث) أنه لا يجبرها وان لم تبلغ حكي هذا القول النخمي عن أبي تمام فان كانت يتيمة ذات وصى فلا يزوجها الوصى قبل البلوغ ويزوجها بعد البلوغ ويكون اذنها صماتها على قول من رأى أن الاب يجبر على النكاح وهو قول سحنون

﴿ فصل ﴾ واختلف اذا زنت أو غصبت فقيل حكمها حكم البكر في جميع أحوالها وقيل حكمها حكم الثيب فى جميع أحوالها وقيل حكمها حكم الثيب فى أنها لا تزوج الا برضاها وحكم البكر فى أن اذنها صماتها

﴿ فصل ﴾ ومن اليه الرضا بالمهر من المزوجة أو الولى هو الذي يحلف اذا اختلفا مع الزوجة فى النكاح المنعقد على صداق أو فى الصداق المسمي بعد عقد النكاح فى نوعه أو قلته وكثرته وانما وجب أن يحلف الولى دون المزوجة التى الى نظره بكراً كانت أو ثيبا لانه فيما ولى من أمرها مضيع بترك الاشهاد فان لم يحلف ونكل عن اليمين فاستحق الزوج ما حلف عليه بيمينه لزمه ضمان ما أتلف بنكوله اذا ضيع بترك الاشهاد وأما مالم يله لها وادعته هى على زوجها فهى التي تحلف ان كان لها شاهد

على دعواها أو نكل هو عن اليمين والى هـذا ذهب محمد بن المواز وقد روى عن ابن القاسم في هذا روايات مجملة دون تفصيل فحملها الفضل على ان ذلك اختلاف من قوله وانه رأى مرة أن يحلف الاب وان لم تكن له فى ذلك ولاية ومرة أن تحلف البكر وان كان الاب هو الذى ولى ذلك ففى المسئلة على هـذا ثلاثة أقاويل أصحها فى النظر ماذهب اليه ابن المواز وليس فى يمين البكر فيما وليه الأب من مالها نص جلي وهو بعيد فى النظر فأما يمين الاب عنها فيما لم يله من مالها فقـد روى ذلك عن ابن كنانة وابن نافع وأنكره ابن القاسم ونفى أن يكون مالك رحمـه الله تعالى قاله قط وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصـل ﴾ وأما تسمية الصداق فليس من شروط صحـة عقد النكاح لان الله أباح نـكاح التفويض وهو النـكاح بغير تسمية صداق وقال تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة وانما تجب تسمية الصداق عند الدخول فلا اختلاف بين أهل العلم فيما علمت أن نـكاح التفويض جائز وانما اختلفوا فى نكاح التحكيم على ثلاثة أقوال (أحدها) أن ذلك جائز قياسا على نـكاح التفويض (والثانى) أن ذلك لايجوز ويفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويكون فيه صداق المثل (والثالث) أن ذلك جائز ان كان الزوج هو الحكم ولا يجوز ان كان الحكم غـير الزوج كانت الزوجة أو غيرها وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصـل ﴾ فاذا قلنا ان النكاح جائز فان كان الزوج هو الحكم فلا اختلاف أن الحكم فى ذلك حكم نـكاح التفويض ان فرض الزوج فيه للزوجة صداق المثل لزمها النكاح وان أبى من ذلك فرق بينهما الا أن يدخل بها فيجب عليه لها صداق المثل وأما ان كانت الزوجة هى المحكمة وحدها أومع سواها أوالزوج مع غيره فاختلف فى ذلك على ثلاثة أقوال (أحدها) ان الحكم في ذلك حكم نـكاح التفويض ان فرض الزوج لها صداق مثلها لزمها النـكاح ولم يكن للمحكم من كان فى ذلك كلام وان رضي المحكم بصداق المثل أو أقل لم يلزم ذلك الزوج الا أن يشاء وهذا يأتي على ماحكى ابن حبيب فى الواضحة

عن ابن القاسم وابن عبد الحكم واصبغ (والثانى) ان النكاح لا يلزم الا بتراضي الزوج والحكم كانت الزوجة أو غيرها على الفريضة ان فرض الزوج صداق المثل فاكثر فلم ترض بذلك الزوجة ان كانت هى الحكمة أو الحكم ان كان غيرها لم يلزمها النكاح بذلك الا ان تشاء وان فرضت هى ان كانت الحكمة أو الحكم ان كان غيرها صداق المثل فاقل برضاها لم يلزم ذلك الزوج الا ان يشاء وهو الذى يأتي على مافي المدونة والثالث ان الحكم في التحكيم عكس الحكم في التفويض ينزل الحكم في التحكيم منزلة الزوج في التفويض ان فرضت الزوجة صداق المثل فاقل ان كانت هى المحكمة أو فرض ذلك الحكم برضاها لزم ذلك الزوج ولم يكن له في ذلك كلام فان فرض الزوج صداق المثل فاكثر لم يلزم ذلك الزوجة الا ان ترضى به كانت هى الحكمة أو غيرها وهذا القول ذهب اليه أبو الحسن بن القاسي وقاله تأويلا على ما فى المدونة وهو تأويل بعيد وانما ظاهر المدونة ما ذكرنا واليه ذهب أبو محمد بن أبى زيد رحمه الله تعالى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وكذلك الاشهاد انما يجب عند الدخول وليس من شروط صحة العقد فان تزوج ولم يشهد فنكاح صحيح ويشهدان فيما يستقبلان الا ان يكونا قصدا الى الاستسرار بالعقد فلا يصح أن يثبتا عليه لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح السر ويؤمر أن يطلقها طلقة ثم يستأنف العقد معها فان دخل في الوجهين جميعا فرق بينهما وان طال الزمان بطلقة لاقرارهما بالنكاح وحدا ان أقرا بالوطء الا أن يكون الدخول فاشيا أو يكون على العقد شاهد واحد فيدرأ الحد بالشبهة واختلف اذا أشهد على النكاح شاهدين وأمر بالكتمان فقيل ذلك من نكاح السر ويفسخ قبل الدخول وبعده الا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ ويكون فيه الصداق المسمى وهو المشهور فى المذهب وقيل النكاح صحيح لافساد فيه ويثبت قبل الدخول وبعده ويؤمر الشهود باعلان النكاح وينهوا عن كتمانه والى هذا ذهب يحيي بن يحيي وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والنكاح من العقود اللازمة التى تلزم بالعقد ولا خيار لاحد المتناكحين فى حله بعد العقد بمنزلة البيع وماأشبهه من العقود اللازمة الا أن النكاح طريقه المكارمة فيجوز فيه من المجهول مالا يجوز فى البيع من ذلك النكاح على عبد غير موصوف وعلى شوار بيت وما أشبه ذلك مما لا يجوز في البيع ويجوز فى النكاح ولهذا المعني جاز التفويض فيه ألا ترى أن هبة الثواب لما كانت على سبيل المكارمة وطريق المعروف ولم تكن على وجه المكايسة جازت من غير تسمية العوض وقد تقدم لجواز التفويض في النكاح معنى صحيح غير هذا لم أره لأحد ممن تقدم قبلى وقد قال مالك رحمه الله تعالى أشبه شئ بالبيوع النكاح فهو يشبهه فى بعض الوجوه ويفارقه فى أكثر الحالات فهو فى باب الصداق أوسع من البيوع وفى باب العقد أضيق من البيع ألا تري أن هذا له حد في المشهور من المذهب وقد روي عن مالك رحمه الله أن هزله هزل ولا يلزم الا بالجد وهى رواية أبي زيد عن ابن القاسم وان من قال لرجل زوجني وليتك بكذا وكذا فقال قد فعلت فقال الخاطب لا أرضى أن النكاح يلزمه قولا واحداً بلا خلاف خلاف البيوع وان الخيار لا يجوز فيه كما يجوز فى البيوع وما أشبه ذلك كثير وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والنكاح ينعقد بلفظ النكاح ولفظ التزويج ولا ينعقد بما سوي ذلك من العقود حاشا الهبة فانه قد اختلف هل ينعقد النكاح بها أم لا على قولين (أحدهما) أنه لا ينعقد بها وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى (والثانى) أنه ينعقد بها وهو مذهب أبى حنيفة رحمه الله ويلزم ويكون فيه صداق المثل كنكاح التفويض سواء وقد روى عن ابن حبيب نحوه وأما مالك رحمه الله فاضطرب فى ذلك قوله للاختلاف الحاصل فيه بين أهل العلم قبله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فيما يستحب فى النكاح ويكره فيه ويستحب اعلان النكاح واشهاره واطعام الطعام عليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف أولم ولو بشاة ويجب على من دعى اليه أن يجيب قال أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم

ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله وذلك اذا كان الداعي يدعو الي الصواب ومن فارق الصواب في وليمته فلا دعوة له ولا معصية في ترك اجابته وقد قال أبو هريرة شر الطعام طعام الوليمة يدعى الحديث وانما يستحب الطعام في الوليمة لاثبات النكاح واظهاره ومعرفته لان الشهود يهلكون قال ذلك ربيعة وغيره ولهذا المعنى أجيز فيه بعض اللهو مثل الدف والكبر وشبهه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويستحب اخفاء خطبة النكاح وان يبدأ الخاطب قبل الخطبة بالحمد لله تعالى والصلاة والسلام على نبيه صلى الله عليه وسلم ويجيبه المخطوب اليه بمثل ذلك قبل الاجابة وان يهنأ الناكح عند نكاحه ويدعى له بالبركة فيه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويكره ان يخطب الرجل امرأة على خطبة أخيه للنهي الوارد في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وذلك اذا ركنا وتقاربا وان لم يتفقا علي صداق مسمي وقيل ذلك جائز ما لم يسميا الصداق والاول أصح وأكثر لان النكاح ينعقد ويتم دون تسمية صداق فان فعل لم يفسخ نكاحه ووجب عليه ان يستغفر الله تعالى ويتحال صاحبه فيما فعل فان لم يحاله فليخل سبيلها اذ كان أفسدها عليه بعد ان كانت رضيت به فان تزوجها الاول والا راجعها هو ان شاء وبدا له بنكاح جديد وليس يقضى ذلك عليه وانما هو على وجه التنزه والبر والخوف لله تعالى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقيل ان النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده اذا علم ذلك وثبت وهو قول ابن نافع وروايته عن مالك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما قبل ان يرضى ويتقارب الامر بينهما فلا بأس بالخطبة ولا بأس ان يجتمع الاثنان والثلاثة والاكثر على خطبة المرأة وقد روى ان جرير بن عبد الله البجلي سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان يخطب عليه امرأة من دوس ثم سأله مروان بن الحكم بعد ذلك ان يخطبها عليه ثم سأله بعد ذلك ابنه عبد الله ان يخطبها عليه فدخل على أهلها والمرأة جالسة في قبتها عليها سترها فسلم عمر فردوا السلام وهشوا له وأجلسوه فحمد الله تعالى واثنى عليه وصلى علي نبيه صلى الله عليه وسلم ثم

قال أن جرير بن عبدالله البجلي يخطب فلانة وهو سيدأهل المشرق ومروان بن الحكم يخطبها وهو سيد شباب قريش وعبد الله بن عمر يخطبها وهو من قد علمتم وعمر بن الخطاب يخطبها فكشفت المرأة عن سترها وقالت اجاد أمير المؤمنين قال نعم قالت قد زوجت ياأمير المؤمنين زوجوه فزوجوه اياها فولدت له ولدين وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ ومما يستحب في النكاح الهضيمة في الصداق ولايكون فيه أجل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يستحب النكاح في رمضان رجاء البركة فيه وفيه تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم عائشة رضي الله عنها وكان جماعة من أهل العلم يستحسنون النكاح في يوم الجمعة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في حكم الشروط في النكاح وتكره الشروط في النكاح وقد قال مالك رحمه الله تعالى أشرت على قاض منذ دهر أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط وأن لا يتزوجوا على دين الرجل وامانته وأنه كان كتب بذلك كتابا وصيح به في الاسواق وعابها عيبا شديداً وهي تنقسم على قسمين شروط تفسد النكاح ولاحد لها وشروط لاتفسده وهى تنقسم على ثلاثة أقسام شروط مقيدة بتمليك أو طلاق وشروط مقيدة بوضع بعض الصداق وشروط مطلقة غير مقيدة بشيء فاما الشروط المقيدة بتمليك أو طلاق فانها لازمة عند مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه لااختلاف بينهم في ذلك واما الشروط المقيدة بوضع بعض الصداق فلا يخلو أن يكون الموضوع للشرط في العقد أو بعد العقد فان كان في العقد فلا يخلو من أن يكون من صداق المثل أو زائداً عن صداق المثل فأما ان كان الموضوع منه في العقد زائداً على صداق المثل فلا اختلاف في أن الوضيعة للزوجة لازمة لارجوع لها فيها وان الشروط عن الزوج ساقطة لا يلزمه الوفاء بها وأما ان كان الموضوع من صداق المثل فى العقد ففي ذلك ثلاثة أقوال (أحدها) أن الوضيعة أيضا للزوجة لازمة لارجوع لها فيها وان الشروط عن الزوج ساقطة لا يلزمه الوفاء بها وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك رحمه الله تعالى (والثاني) أن ذلك لازم لهما جميعا فان وفى الزوج

بالشرط صحت له الوضيعة وان لم يف بها لم تصح له وهو قول مالك رحمه الله تعالى في رواية ابن نافع وأشهب وعلى بن زياد رضوان الله عليهم أجمعين (والثالث) أن ذلك لا يجوز ولا يلزم واحدا منهما لانها معاوضة فاسدة فاذا لم يلزم الزوج الشروط لم يلزم المرأة الوضيعة وهو قول ابن كنانة وروايته عن مالك ومثله في مختصر ماليس في المختصر لابن شعبان وبالله سبحانه التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما ان كانت الوضيعة بعد العقد فسواء كانت من صداق المثل أو مما زاد على صداق المثل ففي ذلك قولان (أحدهما) أن ذلك لازم لهما ان وفي الزوج بالشروط صحت له الوضيعة والا فلا وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك رحمه الله تعالى في المدونة (والثاني) أن ذلك لا يجوز ولا يلزم واحدا منهما وهو قول ابن كنانة وروايته عن مالك رحمه الله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما الشروط المطلقة من أهل العلم من أوجبها ورأي القضاء بها روى عن ابن شهاب أنه قال كان من أدركت من العلماء يقضون بها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق الشروط أن توفوا بها مااستحللتم بها الفروج وهو ظاهر ما في رسم خالف من سماع ابن القاسم في كتاب النكاح من العتبية والمعلوم المعروف في المذهب انها لا تلزم لكنها يستحب الوفاء بها الا انها تنقسم على قسمين (أحدهما) ان تكون مشترطة في العقد دون تسمية الصداق مثل ان يقول الرجل ازوجك ابنتى على أن لا تتزوج عليها أو علي ان لا تخرجها من البلد وما أشبه ذلك (والثانى) ان تكون مشترطة في الصداق الذى يسمي في العقد أو في التسمية بعد العقد فاما اذا كانت مشترطة في العقد دون تسميته فلا يلزم وذلك مثل ان تقول أتزوجك على ان لا تتزوج علي أو على ان لا تخرجني من البلد وما أشبه ذلك واما ان كانت مشترطة في التسمية التي مع العقد وذلك ان تقول أتزوجك بكذا وكذا على ان لا تفعل كذا وكذا فلا يلزمه الشرط عند مالك على هذا الوجه والقياس على مذهبه ان يفسخ النكاح قبل الدخول ويثبت بعده ويكون فيه الاكثر من صداق المثل أو المسمى لانها لم ترض ان تتزوجه بما سمت من

الصداق الاعلى الشروط فاذا لم تلزمه الشروط لم يلزمها مارضيت به من الصداق وأما ان كانت مشترطة في التسمية فلا تلزم أيضاً وينظر فان كانت التسمية أقل من صداق مثلها كان لها تمام صداق مثلها وصح النكاح ولم يفسخ لتقدم عقده دون شرطه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في حكم الانكحة الفاسدة والنكاح ينقسم على قسمين صحيح وفاسد فالصحيح ماجوزته السنة والقرآن والفاسد ينقسم علي ثلاثة أقسام نكاح فسد لعقده ونكاح فسد لصداقه ونكاح فسد لشروط فاسدة اقترنت به فامامافسد لعقده فينقسم على قسمين قسم متفق على فساده وقسم مختلف فيه فالمتفق علي فساده مثل نكاح مالا يحل له نكاحها من ذوات المحارم من نسب أو رضاع ومثل نكاح المرأة في عدتها أو على ابنتها أو على أمها أو على أختها وما أشبه ذلك ممن لايجوز له الجمع بينهما أو نكاح المجوسية أو الامة النصرانية وما أشبه ذلك فهذا القسم يفسخ النكاح فيه قبل الدخول وبعده ويكون فيه الصداق المسمي والمختلف في فساده مثل نكاح الشغار ونكاح المحرم والنكاح والامام يخطب يوم الجمعة ونكاح من نكح على خطبة أخيه وما أشبه ذلك وأما مافسد لصداقه مثل أن يتزوج الرجل المرأة بحرام مثل الخمرة والخنزير أو بغرر مثل التمر الذى لم يبد صلاحه والعبد الآبق والبعير الشارد أو الصداق الى أجل مجهول أو ما أشبه ذلك فهذا القسم يفسخ فيه النكاح قبل الدخول ويصح بعده بصداق المثل وقد روى عن مالك أنه يفسخ قبل الدخول وبعده ومن أهل العلم من لا يرى فسخه ويصححه بصداق المثل قبل الدخول وبعده وهو مذهب الليث بن سعد وأبي حنيفة وأصحابه رضوان الله عليهم أجمعين وأما مافسد للشروط الفاسدة المقترنة به وهي كثيرة لاتحصر بعدد فمنها مايفسخ النكاح به قبل الدخول وبعده ومنها مايفسخ به النكاح قبل الدخول ويثبت بعده ومن ذلك مايمضى بالصداق المسمى ومنها مايرد الى صداق المثل ومنها ما يتفق على وجه الحكم فيه ومنه مايختلف فيه على مايأتى كل في موضعه ان ان شاء الله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصـل﴾ واختلف في لزوم الطلاق وكون الميراث في الانكحة الفاسدة على ثلاثة أقوال في المذهب وهي ثابتة في المدونة (أحدها) أن كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه فالطلاق فيه ولا ميراث مثل نكاح الشغار ونكاح المحرم وما كان صداقه فاسداً فأدرك قبل الدخول (والثاني) أن كل نكاح يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ففيه الطلاق والميراث قبل الدخول وبعده وان كان مختلفا فيه فلا طلاق ولا ميراث وكل طلاق اختلف في تحريمه وان غلبا على الفسخ فيه قبل الدخول وبعده ففيه الطلاق والميراث قبل الدخول وبعده وهو الذي قاله ابن القاسم لرواية بلغته وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿فصـل﴾ وأما الخلع فانه على مذهب ابن القاسم تابع للطلاق وجار على الاختلاف فيه حيث مالزم الطلاق يثبت الخلع وحيث مالم يلزم الطلاق سقط الخلع ووجب على المرأة الرجوع على الزوج بما دفعت اليه وعلى مذهب ابن الماجشون رحمه الله تعالى يثبت في كل نكاح صحيح لاخيار للمرأة فيه وان كان الخيار فيه للزوج أو لغيرهما وان كان النكاح مما لايقر على حال أومما للمرأة فيه الخيار سقط الخلع ووجب للمرأة الرجوع على الزوج بما دفعت اليه فيه وذهب محمد بن المواز الى أن الخلع يثبت في كل نكاح يكون لأحد الزوجين فيه الخيار يريد أو لغيرهما فعلى قوله لايسقط الخلع الا في كل نكاح لا يقر على حال ويغلب الزوجان فيه على الفرقة فاحفظ إنها ثلاثة أقوال في المسئلة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ والمشهور في المسئلة في المذهب أن الحرمة تقع بكل نكاح لم يتفق على تحريمه وقد أجري ابن حبيب الحرمة مجرى الطلاق والميراث وروى مثل ذلك عن ابن القاسم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ في اشتقاق لفظ الشغار والشغار مأخوذ من شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه ليبول لان ذلك لا يكون زعموا الا عند مفارقة حال الصغر الي حال يمكنه فيها طلب الوثوب على الانثى للنسل وهو عندهم علامة على ارادته لذلك فقيل منه للمرأة

شغرت المرأة تشغر شغراً اذا رفعت رجليها للنكاح فلذلك قيل نكاح الشغار لان كل
واحد من المتناكحين يشغر اذا نكح وكان الرجل في الجاهلية يقول للرجل شاغرني
أي زوجني ابنتك على ان أزوجك ابنتي بلا مهر لهذا المعنى وقيل انما قيل له شغار لان
كل واحد منهما رفع الصداق عن صاحبه وأصل الشغر للكلب وهو أن يرفع احدى
رجليه ليبول فكني بهذا عن النكاح اذا كان على هذا الوجه وجعل له علما كما
قيل للزنا سفاح لان الزانيين يتسافحان يسفح هذا الماء أي يصبه وتسفح
هي النطفة وإما الماء الذي يغتسلان به فكني بذلك عن الزنا وجعل
له علما وكان الرجل يلقى المرأة في الجاهلية فيقول لها
سافحيني ويرى ذلك أحسن من أن يقول زانيني وقيل
الشغار اخلاء النكاح من الصداق أخذ ذلك من
قولهم بلد شاغر أي خال من الناس وبالله
سبحانه وتعالى التوفيق

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتاب الرضاع﴾

﴿قال﴾ الله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم الآية الى قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وقال النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة فكان ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم بيانا لما في كتاب الله عز وجل وزيادة فى معناه ودليلا على أن جميع القرابات المحرمات بالنسب محرمات في كتاب الله تعالى بالرضاع وان كان الله عز وجل لم ينص فيه الا على الام والاخت خاصة فانه نبه بذكر الاخت على أن حرمة الرضاع لا تختص بالمرأة المباشرة للرضاع وانها تسري الى سائر القرابات المحرمات بالنسب اذ لا فرق في المعنى والقياس بين الاخت وبينهن فى سريان ما حرمه الرضاع الى جميعهن ودليل أيضاً على أن اللبن يحرم من قبل المرضعة ومن قبل الفحل الذي ذر اللبن بمائه اذ ذلك مفهوم من قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة وقائم أيضا من كتاب الله عز وجل ووالد وما ولد ومعلوم أن الاب لم يلد ولده بالحمل والوضع كما صنعت الام وانما ولدهم بما كان من مائه المتولد عنه الحمل واللبن فصار بذلك والداً كما صارت الام بالحمل والوضع فاذا أرضعت بلبنه طفلا كانت أمه وكان هو أباه وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم فى ذلك ما رفع الاشكال وأزال الاحتمال في الحديث الصحيح عن عائشة رضى الله عنها أم المؤمنين انها قالت جاء عمي من الرضاعة يستأذن على فأبيت أن آذن له حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت عائشة رضى الله عنها فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال انه عمك فأذنى له قالت فقلت يا رسول الله انما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال انه عمك فليلج عليك قالت عائشة رضي الله عنها وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب قالت عائشة رضى الله عنها يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة

﴿ فصل ﴾ ولو لا هـذا الحديث وقول عائشة رضي الله عنها فيه يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل اذ ظنت أن اللبن انما يحرم من قبل المرأة لا من قبل الرجل وجواب رسول الله صلى الله عليه وسلم لها بما فهمت عنه أن اللبن للفحل وان التحريم يقع من قبله كما يقع من قبل المرأة لاحتمل أن يقول من لا يري أن ابن الفحل يحرم ان التحريم لم يفعل في عم عائشة رضي الله عنها أفلح من قبل الفحل لانه ممكن أن يكون أفلح اخوأبي القعيس قد أرضعته وأبا بكر الصديق امرأة واحدة فى حولى رضاعهما فصار أفلح بذلك أخا أبيها وعمها من الرضاعة من قبل المرضعة لا من قبل الفحل فازال هذا الاحتمال قوله فى الحديث انما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل وعلم ان المرأة التى أرضعتهما زوجة الى القعيس وصار أفلح اخوأبى القعيس من النسب عمالها من الرضاعة من قبل الفحل على ما ذكر فى الحديث والله أعلم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصـل ﴾ فى بيان سريان حرمـة الرضاعة فتسري حرمة الرضاع من قبل المرأة المرضعة الي أمها وأبيها وان علوا والى ولدها وولد ولدها الذكران والاناث ماسفلوا والى أعيان اخوتها واخواتها وأعمامها وعماتها وأخوالها وخالاتها دون شئ من أولادهم وانما لم يسر التحريم الى ولد أخوتها واخواتها لان اخوتها وأخواتها اخوال وخالات للمرضـع فليس أولادهم من ذوى محارمـه وتسرى حرمة الرضاع أيضا من قبـل الفحل الذى كان اللبن عنـه الى أبويه وان علوا والى ولده وولد ولده من الذكران والاناث ماسفلوا والى أعيان اخـوته واخواته وأعمامه وعماته واخواله وخالاته دون شئ من أولادهم وانما لم يسر التحريم الى ولد اخوته واخواته لان اخوته واخواته أعمام وعمات للمرضع من قبله وليس أولادهم من ذوى محارمه ولا تسرى حرمة الرضاع من قبل المرضع الا الى الابن والبنت ماسفلا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا أرضعت المرأة صبيا حرمت عليه وعلى ولده وولد ولده من الذكران والاناث ماسفلوا هي وجميع ذوات محارمها ومحارم الفحل الذي كان لبنها منه حاشا

بنات اخوتها واخواتها وبنات اخوة الفحل واخواته لان اخوتها واخواتها اخوال وخالات واخوته واخواته أعمام وعمات للمرضع فليس أولادهم من ذوى محارمه وان أرضعت صبية حرمت الصبية وبناتها وبنات بنيها ماسفلوا على زوجها الذى كان اللبن منه وعلى جميع ذوي محارمه ومحارمها حاشا بنى اخوته واخواته واخوتها واخواتها لما ذكرناه فلا ينزل أحد من ذوى رحم المرضع منزلة المرضع في الحرمة حاشا ولده وولد ولده ماسفلوا فهذا تحصيل هذا الباب وربطه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ فاذا قلنا ان حرمة الرضاع لاتسرى من قبل المرضع الا الى ولده وولد ولده من الذكران والاناث خاصة فيجوز للرجل أن يتزوج أخت ابنه من الرضاعة وأم ابنه وان علت من الرضاعة وأم أخيه من الرضاعة اذ لاحرمة بينه وبين واحدة منهن بخلاف النسب لايحل للرجل أن يتزوج أخت ابنه من النسب لانها ربيبته ولا جدة ابنه من النسب لانها أم زوجته ولا أم أخيه من النسب لانها زوجة أبيه أو أم ولده وكذلك للمرأة أن تتزوج أخا ابنها من الرضاعة وأبا ابنها من الرضاعة وأبا أخيها من الرضاعة اذ لاحرمة بينها وبين واحد منهم بخلاف النسب لايجوز للمرأة أن تتزوج أخا ابنها من النسب لانه ربيبها ابن زوجها ولا جد ابنها من النسب لانه والد زوجها ولا أب أخيها لامها من النسب لانه زوج أمها وأما نكاح الرجل أخت أخيه فذلك جائز في النسب والرضاع اذ لاحرمة بينه وبينها وكذلك نكاحه عمة عمه جائز أيضاً فى الرضاع والنسب اذ لاحرمة بينه وبينها والعم من الرضاع على ثلاثة وجوه (أحدها) أن يكون لابيك من النسب أخ من الرضاعة بأن تكون أرضعتهما امرأة واحدة فى حولى رضاعهما أو امرأتان بماء رجل واحد فيكون عمك من الرضاعة (والثانى) أن يكون لابيك من الرضاع وهو الذى أرضعتك زوجته أو أمته بمائه أخ من النسب فيكون عمك من الرضاعة (الثالث) أن يكون لابيك من الرضاع وهو الذى أرضعتك زوجته بمائه أخ من الرضاعة بأن يكون أرضعتهما امرأة واحدة أو امرأتان بماء رجل واحد فيكون ذلك الاخ عما لك وهذا كله بين والحمد لله وبالله سبحانه

وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ في تحريم لبن الفحل وقد اختلفت العلماء في لبن الفحل فطائفة أنزلته منزلة الام فأوجبت به التحريم وهو قول مالك وجميع أصحابه والشافعي وأبي حنيفة وأصحابهما والثوري وأحمد بن حنبل وأكثر أهل العلم رضوان الله عليهم أجمعين وطائفة كرهته منهم القاسم بن محمد وعروة بن الزبير ومجاهد والشعبي رحمهم الله وطائفة رخصت فيه وهو سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وعلى تحريمه العمل وانما اختلفوا فيه والله أعلم لأنهم جعلوا مخالفة عائشة للحديث الذي روته في ذلك علة فيه روي عنها رضي الله تعالى عنها انها كانت لا ترى التحريم من قبل الفحل فكان يدخل عليها من أرضعته بنات أخيها وبنات اختها ولا يدخل عليها من أرضعته نساء اخوتها وهي التي روت عن النبي صلى الله عليه وسلم التحريم بلبن الفحل وقالت به بعد ان أوقفت على ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل والحجة في السنة لا فيما خالفها وان خالفها الراوي لها وقد قيل ان مخالفته لها تبطل العمل بها اذ لا يمكن ان يروي الراوي الحديث ثم يترك العمل به الا وقد علم النسخ فيه اذ لو تركه وهو لا يعلم انه منسوخ لكان ذلك جرحا فيه وليس ذلك عندنا بصحيح لاحتمال ان يكون تركه لتأويل تأوله فيه فلا يلزم غيره من العلماء اتباعه على ماتأوله باجتهاده فلعل عائشة تأولت ان ذلك رخصة لها في شأن أفلح خاصة كما تأول سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في رضاعة سالم فرجعت الى ظاهر القرآن قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولهذا المعنى اختلف العلماء في التحريم بلبن الفحل على ماذكرناه عنهم والله أعلم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ في رضاعة الكبير ولا تحرم رضاعة الكبير وانما يحرم منها ما كان في وقت الرضاعة كما قال سعيد بن المسيب لا رضاعة الا ما كان في المهد والا ما أنبت اللحم والدم وذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وحد ذلك ما حده الله في كتابه

حيث يقول والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وما قرب من الحولين فله حكمهما عند أكثر أصحابنا لوجود معنى تحريم الرضاعة فيه وهو انتفاع الصبي به وكونه له غذاء ومن طريق اختلاف الشهور بالزيادة والنقصان وقد قال الله عز وجل حولين كاملين واختلف في حد القرب ما هو فقيل اليوم واليومان وقيل الايام اليسيرة وقيل الشهر ونحوه وقيل الشهر والشهران وهو قوله في المدونة وقيل الشهر والشهران والثلاثة وهو قول الوليد بن مسلم بن مالك وهذا اذا لم يفصل قبل ذلك فصالا يستغنى فيه عن الرضاع بالطعام والشراب فان فصل قبل ذلك واستغنى بالطعام والشراب عن الرضاع فما أرضع بعد ذلك فلا يكون رضاعا تقع به الحرمة على ظاهر قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لارضاع بعد فطام وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك وذهب مطرف وابن الماجشون الى أن الفصل لايعتبر به الا بعد أمد الرضاع وحملا حديث سول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وذهب الليث بن سعد وطائفة من العلماء رضى الله عنهم الى أن الحرمة تقع برضاع الكبير وحجتهم في ذلك حديث سالم مولى أبي حذيفة وذكره مالك رحمه الله تعالى في الموطأ عن ابن شهاب أنه سئل عن رضاعة الكبير قال أخبرني عروة ابن الزبير الحديث بطوله وهذا الحديث حمله مالك وأكثر أهل العلم على أنه خاص بسالم مولى أبي حذيفة كما حمله أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ماعدا عائشة رضى الله عنها وممن قال ان رضاعة الكبير ليست بشيء عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وأبو هريرة وابن عباس رضوان الله عليهم أجمعين وسائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم غير عائشة وجمهور التابعين وفقهاء الامصار وحجتهم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انما الرضاعة من المجاعة ولا رضاع الا ما انبت اللحم والدم وقال ابن حبيب إن الاختلاف الواقع بين أهل العلم في رضاع الكبير انما هو في الستر والحجاب وأما النكاح فلم يختلفوا فيه أنه لايحرم

به والصحيح أن الاختلاف داخل فيه وقد كان أبو موسى الاشعري رضى الله عنه يفتى بأن التحريم يقع به في النكاح ثم رجع الى قول ابن مسعود وقال لاتسألونى عن شيء ما كان هذا الحبر بين أظهركم ولا يزال الناس بخير ما رجعوا الى الصواب عند تبينه لهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فيما تقع الحرمة به من الرضاع ومذهب مالك رحمه الله وجميع أصحابه وهو قول أكثر أهل العلم ان قليل الرضاع وكثيره يحرم لانه ظاهر القرآن وحديث المصة والمصتان والاملاجة والاملاجتان خرجه النسائي وغيره من رواية أبي الفضل بألفاظ متقاربة في بعضها لاتحرم المصة والمصتان وفي بعضها لاتحرم الاملاجة والاملاجتان وفي بعضها المصة والمصتان والاملاجة والاملاجتان ورواه ابن وهب تحرم المصة والمصتان على ماوقع في المدونة فوجب أن تسقط لهذا الاختلاف فلذلك لم يخرجه البخارى والله أعلم وكذلك اضطرب ابن الزبير في رواية هذا الحديث فرواه مرة عن النبي صلي الله عليه وسلم ومرة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ومرة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم فرد أيضا من أجل هذا الاختلاف وكذلك حديث عائشة رضى الله عنها وكان مما أنزل الله في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مما يقرأ في القرآن لا تصح به حجة لانها أحالت على القرآن في الخمس رضعات فلم يوجد فيه ولذلك قال مالك رحمه الله تعالي وليس العمل على هذا وقال من ذهب الى أن الاخذ بالخمس رضعات ان هذا مما نسخ خطه وبقى حكمه كآية الرجم وهذا لايصح لان نسخ القرآن لايكون الا بأمر الله تعالى ولايصح الا في حياة النبي صلى الله عليه وسلم وأما بعد موته فلا يجوز ان يذهب من صدور الناس حفظ شيء من القرآن لان الله تعالى قد اخبر انه حفظ كتابه العزيز فقال انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون وقد أخبرت هي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى والخمس رضعات تقرأ في القرآن ولو كان ذلك لما سقط من القرآن فلعلها ارادت ان

رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى وهو مما يقرأ في القرآن المنسوخ أى يعلم ان ذلك كان قرآنا فنسخ خطه وبقى حكمه كآية الرجم وكسائر مانسخ خطه وحكمه وذهب من الصدر حفظه وهذا يحتمل اذا لم تقل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى وهو قرآن وانما قالت انه توفي وهو مما يقرأ في القرآن فاحتمل ان يكون أرادت انه كان يذكر في القرآن المنسوخ خطه والله أعلم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والرضاع يحرم بين المسلمات والمشركات الحرائر والاماء الاموات والاحياء من قبل الام ومن قبل الفحل ان كان الوطء حلالا أو بوجه شبهة يلحق به الولد واختلف ان كان الوطء حراما لاشبهة فيه كوطء الزنا ومن تزوج من لاتحل له وهو عالم هل تقع الحرمة به من قبل الفحل ام لا على قولين فكان مالك رحمه الله يرى ان كل وطء لايلحق به الولد فلا يحرم بلبنه يريد من قبل فحله ثم رجع الى أنه يحرم والى هذا ذهب سحنون رحمه الله تعالى وقال ماعلمت من قال من أصحابنا أنه لايحرم الا عبد الملك وهو خطأ صراح وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم سودة أن تحتجب من ولد الحقه بابيها لما رأى من شبهه بعتبة قال ابن المواز واذا أرضعت بلبن الزنا صبيا فهو لها ابن ولا يكون ابنا للذي زنى بها ولو كانت صبية فتزوجها الذي كان زني بها لم أقض بفسخ نكاحه واحب الى ان يتجنبه من غير تحريم وأما ابنته من الزنا فلا يتزوجها وان كان ابن الماجشون قد اجازه ومكروهه بين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لسودة في الولد الذى الحقه بأبيها احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فكيف يتزوجها عتبة لو كانت جارية وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فتقع الحرمة بلبن البكر والعجوز التى لم تلد وان كان من غير وطء اذا كان لبنا ولم يكن ماء أصفر لا يشبه اللبن وأما الرجل فلا تقع الحرمة برضاعه وان كان له لبن وما أظنه يكون فقد أنكر ذلك مالك فقال وانما يحدث بهذا قوم نفاق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويستحب للام أن ترضع ولدها فانه روي ان رسول الله صلى الله عليه

وسلم قال ليس لبن يرضع به الصبي اعظم بركة عليه من لبن أمه ولذلك كانت المطلقة
أحق برضاع ولدها بما ترضعه غيرها ويكره ظؤرة مثل اليهوديات والنصرانيات
لما يخشى من أن تطعمه من الحرام وتسقيه من الخمر وقال ابن حبيب عن
مالك رحمه الله تعالى فاذا أمن ذلك فلا بأس به ويتقى رضاع الحمقاء
ذوات الطباع المكروهة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال الرضاع يجر الطباع قال عبد الملك ولذلك
كانت العرب تسترضع أولادها في أهل بيت
السخاء أو بيت الوفاء أو بيت الشجاعة أو ما
أشبه ذلك من الاخلاق الكريمة
وبالله التوفيق وهو الهادي
الى أقوم طريق ·

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب طلاق السنة ﴾

﴿ فصل ﴾ في اشتقاق لفظ الطلاق الطلاق مأخوذ من قوله أطلقت الناقة فطلقت اذا أرسلتها من عقال وقيد فكانت ذات الزوج موثقة عند زوجها فاذا فارقها أطلقها من وثاق وكذلك على ذلك قول الناس هي في حبالك اذا كانت تحتك يراد أنها مرتبطة عندك كارتباط الناقة في حبالها ثم فرقوا في الحركات بين فعل الناقة وفعل المرأة والاصل واحد وقالوا طلقت الناقة بفتح اللام وقالوا طلقت المرأة بضم اللام وقالوا أطلقت الناقة وطلقت المرأة

﴿ فصل ﴾ والطلاق حل العصمة المنعقدة بين الزوجين وهو أمر جعله الله بأيدي الازواج وملكهم اياه دون الزوجات فقال واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن وقال وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وهذا يلزم باللفظ مع النية في الحكم الظاهر والباطن لان الطلاق يفتقر الى لفظ ونية وقد اختلف اذا انفرد أحدهما دون الآخر فأما اذا انفردت النية دون اللفظ فالصحيح أن الطلاق يلزم بذلك لان اللفظ بالطلاق عبارة عما في النفس منه فاذا اجتمع الرجل في نفسه على أنه قد طلق امرأته لزمه الطلاق فيما بينه وبين الله وهو نص قول مالك رحمه الله في سماع أشهب من كتاب الايمان بالطلاق وان أظهر بلفظه ما أجمع عليه من الطلاق في نفسه حكم عليه به وقد قيل أن الطلاق لا يلزم بالنية حتى يلفظ به وهو ظاهر قول مالك رحمه الله تعالى في رواية أشهب عنه في كتاب التخيير والتمليك ليس يطلق الرجل بقلبه ولا ينكح بقلبه وأما اذا انفرد اللفظ دون النية فالصحيح أن الطلاق لا يلزم بذلك الا في الحكم الظاهر اذ لا يصدق اذا لفظ بالطلاق انه لم يرده ولا نواه وقد وقع في كتاب التخيير والتمليك من المدونة ماظاهره

أن الطلاق يلزم باللفظ دون النية وهو خلاف المنصوص فيه وفى غيره وبعيد فى المعنى لقول النبي صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وهو على وجهين مباح ومحظور فالمباح منه ما كان على الصفة التى أمر الله بها والمحظور منه ما وقع بخلافها والصفة التي أمر الله بها هي ما ذكر فى كتابه حيث يقول يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وقرأ ابن عمر فطلقوهن لقبل عدتهن معناه في موضع يعتددن فيه وهو أن يطلق فى طهر لم يمس فيه كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبد الله بن عمر اذ طلق امرأته وهي حائض فأخبر عمر بن الخطاب رضى الله عنه بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق بها النساء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ فطلاق السنة التى أمر الله به وعلمه عباده هو أن يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع طلقة واحدة ثم لا يتبعها طلاقا فيكون أحق برجعتها شاءت أو أبت مالم تنقض عدتها لقول الله عز وجل فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وبلوغ الاجل فى هذه الآية المقاربة لا البلوغ حقيقة بخلاف الآية التي في سورة البقرة قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف البلوغ في هذه الآية على وجهه وأما فى الآية التى قدمنا ذكرها فالمراد بذكر البلوغ فيها المقاربة بدليل اجماعهم على انها تبين من زوجها بانقضاء عدتها ولا يكون له اليها سبيل وذلك كثير موجود فى القرآن ولسان العرب أن يسمي الشئ باسم ما قرب منه قال الله عز وجل فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم معناه اذا أردت قراءة القرآن وقال اذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدى نجواكم

صدقة وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا جاء أحدكم الجمعة فليغتسل وفي الحديث صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصبح بالحديبية على أثر سماء كانت من الليل فسمى المطر بالسماء لما كان نزوله منها ومنه قوله عز وجل أو جاء أحد منكم من الغائط فكني بالمجيء من الغائط عن الحدث ثم كثر استعمال ذلك حتى سمي الحدث بعينه غائطا لقرب ما بينهما والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وانما نهي المطلق أن يطلق في الحيض لانه اذا طلق فيه طول عليها العدة وأضر بها لان ما بقي من تلك الحيضة لا يعتد به في أقرائها فتكون في تلك المدة كالمعلقة لا معتدة ولا ذات زوج ولا فارغة من زوج وقد نهى الله عن اضرار المرأة بتطويل العدة عليها بقوله واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزواً وذلك ان الرجل في الجاهلية كان يطلق المرأة ثم يمهلها فاذا شارفت انقضاء عدتها راجعها ولا حاجة له بها ثم طلقها ثم أمهلها حتى اذا شارفت انقضاء عدتها راجعها لتطول العدة عليها فنهى الله عن ذلك بهذه الآية وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما نهي المطلق ان يطلق في طهر قد مسها فيه لانه اذا فعل ذلك لبس عليها العدة فلم تدر بما تعتد ان كانت تعتد بالوضع او بالاقراء لاحتمال ان تكون قد حملت من ذلك الوطء فكره ان يدخل عليها اللبس في العدة وأمر أن لا يطلقها الا في موضع تعرف عدتها ما هي لتستقبلها فقول الله عز وجل فطلقوهن لعدتهن أي لقبل عدتهن وقيل انه انما نهى عن ذلك لتكون مستبرأة فيكون على يقين من نفي الحمل ان أتت بولد وأراد ان ينفيه كما كرهنا له ان يبيع الامة اذا وطئها قبل الاستبراء وان كانت بيعة تواضع لهذه العلة وهذا أظهر والله أعلم وانما منع من طلق امرأته حائضا فارتجعها ان يطلقها في الطهر الاول من أجل ان ذلك يطول عليها العدة وقد نهي الله عن ذلك بقوله ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا فلا يجوز له ان يراجع ليطلق وانما يجوز له ان يراجع ليطأ أو يمسك فاذا وطئ في ذلك الطهر لم يصح له ان يطلق فيه فالطهر الاول مقصوده

الوطء فلا يصح فيه الطلاق والطهر الثانى هو مخير فيه بين الوطء والطلاق وقد قيل انه منع من الطلاق في الطهر الأول عقوبة لا لعلة مرجوة على مابيناه وبالله التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز عند مالك أن يطلق عند كل طهر طلقة لانه عنده طلاق بدعة على غير السنة لان الطلقة الثانية والثالثة لاعدة لهما ولم يبح الله تعالى الطلاق الا للعدة فقال فطلقوهن لعدتهن وأجاز ذلك أشهب على ماروي عن ابن مسعود رضي الله عنه مالم يرتجعها فى خلال ذلك وهو يريد أن يطلقها ثانية فلا يسعه ذلك لانه يطول عليها العدة ويضر بها وقد نهي الله تبارك وتعالي عن ذلك فقال ولا تمسكوهنّ ضرارا لتعتدوا والى هذا ذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى والصواب ماذهب اليه مالك رحمه الله تعالى وهو الصحيح عن ابن مسعود رحمه الله تعالى أن طلاق السنة أن يطلق طلقة فى أول الطهر الى انقضاء العدة وقد أنكر أحمد بن خالد رحمه الله تعالي على سحنون رحمه الله تعالى ادخال الحديث الذى أدخل عن ابن مسعود فى المدونة وقال ما خلق الله أشنع من هذا يدخل خلاف مذهبه وما قد أنكره مالك وقال انه لم يدرك أحدا يقتدي به من أهل بلده يرى ذلك والحسن بن عمارة رجل مطعون فيه وبالله التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وكذلك لا يجوز عند مالك رحمه الله تعالى أن يطلقها ثلاثا فى كلمة واحدة فان فعل لزمه ذلك بدليل قول الله عزوجل تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً وهي الرجعة فجعلها فائتة بايقاع الثلاث في كلمة واحدة اذ لولم يقع ولم يلزمه لم تفته الزوجة ولا كان ظالما لنفسه ولما ألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بن عمر الطلقة التى طلقها فى الحيض فقال مره فليراجعها دل ذلك أيضا على أن الطلاق لسنة ولغير سنة وهو مذهب جميع الفقهاء وعامة العلماء لا يشذ فى ذلك عنهم الا من لا يعتد بخلافه منهم وبالله التوفيق وهو الهادى الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وقد أجاز الشافعي رحمه الله أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا في كلمة واحدة واحتج لذلك بتطليق الملاعن زوجته بعد اللعان ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فلو كان ذلك منكرا لأنكره رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لاحجة فيه لانه انما طلق أجنبية قد حرمت عليه باللعان ولعل النبي صلى الله عليه وسلم أنكر ذلك كما لزمه أن ينكر طلاق الاجنبية وليس كل شئ كان نقل واحتج أيضاً بأشياء لا تقوم له بها حجة منها طلاق عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر ثلاثا في مرضه وطلاق أبي عمرو بن حفص زوجته فاطمة بنت قيس ثلاثا ولا حجة له في شئ من ذلك لانهما لم يطلقا ثلاثا في كلمة واحدة وانما طلقاها واحدة وكانت آخر ما بقي لهما من الثلاث ومن حجته أيضاً عموم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسكها وان شاء طلقها من غير أن تحيض واحدة من ثلاث ولا يكون هو أعلم بمراد رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله هذا من المخاطبين به وهما عمر بن الخطاب وابنه عبد الله بن عمر رضى الله عنهما وقد قالا جميعا من طلق ثلاثا فقد عصى الله ربه ومن حجته أن الزوج ترك ايقاع ما اليه ايقاعه في الطلاق الرجعى وأوقع طلاقا اليه ايقاعه فيلزمه على هذا أن يجيز طلاق المرأة حائضا اذا أباحت له امرأته ذلك لانه انما منع لئلا تطول عليها العدة وهذا ما لا يقوله أحد فمن طلق ثلاثا في كلمة واحدة فقد عصى ربه وتعدي حدوده وظلم نفسه وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقال غضبانا أتلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم وكان علي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما يعاقبان الذى يطلق امرأته ثلاثا في كلمة واحدة وهو قول مالك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وكذلك طلاق المباراة التي تجرى عندنا ويطلق الناس به نساءهم طلاق بدعة

لا ينبغي لاحد ان يفعله وانما يجوز منه ما كان على وجه الخلع بشيء تعطيه من مالها أو تتركه له من حقها او تلتزمه من مؤنة حمل أو رضاع أو ما أشبه ذلك مما تجوز المخالعة به في الموضع الذي أجازه الله تبارك وتعالى فيه وهو اذا كان النشوز من قبل المرأة ولم يكن منه في ذلك ضرر اليها قال الله عز وجل فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وقال فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا فلا يجوز للرجل ان نشزت عليه امرأته أو أحدثت هي زنا أو غيره ان يفارقها حتى تفتدي منه ولا تعلق له في جواز ذلك لقول الله عز وجل فلا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة لان الاستثناء فيها منفصل غير متصل ومعنى الآية ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن لكن ان أتين بفاحشة حل لكم أن تقبلوا منهن في الفداء ما طابت به أنفسهن والفاحشة البينة ههنا أن تشتم عرضه أو تبذأ عليه بلسانها أو تخالف أمره لأن كل فاحشة نعتت في القرآن ببينة فهي من باب النطق وكل فاحشة أتت فيه مطلقة لم تنعت ببينة فالمراد بها الزنا ومن أهل العلم من رأي الاستثناء متصلا فأباح للرجل اذا نشزت عليه امرأته أن يضيق عليها حتى تفتدي منه ومنهم من حمل الفاحشة البينة ههنا على الزنا وجعل الاستثناء متصلا فأباح للرجل اذا اطلع على زوجته بزنا أن يمسكها ويضيق عليها حتى تفتدي منه لقول الله عز وجل ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وبالله التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وكذلك الحلف بالطلاق مكروه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحلفوا بالطلاق ولا بالعتاق فانهما من أيمان الفساق وقال من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت وروي زياد عن مالك أنه يؤدب من حلف بالطلاق وقال مطرف وابن الماجشون من اعتاد الحلف بالطلاق فذلك جرحة فيه وان لم يعلم له حنث فيه ومكروهه لوجهين (أحدهما) نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الحلف به وعن الحلف بغير الله (والثاني) أنه قد يقع حنثه في حال الحيض أو دم النفاس أو في طهر قد مس

فيه وهذه أحوال لا يجوز ايقاع الطلاق فيها فان كانت الزوجة ممن لا تحيض أو يائسة من المحيض كره لمخالفته السنة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ومن حلف بالطلاق فحنث في يمينه وامرأته حائض أو نفساء في دم نفاسها فانه يجبر على رجعتها كما يجبر المطلق في الحيض على الرجعة مالم تنقض العدة في مذهب مالك وأصحابه حاشا أشهب فانه يرى ان يجبر على الرجعة ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر الي الموضع الذي أبيح له فيه الطلاق ومن أهل العلم من يرى انه انما يجبر على الرجعة ما لم تطهر من حيضتها التي طلقها فيها وليس ذلك في المذهب فان أبي الارتجاع عذر فان أبي سجن فان أبي ضرب ويكون ذلك كله قريبا في موضع واحد لانه على معصية فان تمادي ألزم الرجعة وكانت له زوجة حكي ذلك ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب قال أصبغ عن ابن القاسم في العتبية أنه اذا أبي حكم عليه بالرجعة وألزم اياها ولم يذكر سجنا ولا ضربا وذهب الشافعي وأبو حنيفة رحمه الله تعالى الى أنه يؤمر بالرجعة ولا يضرب عليها والصحيح ماذهب اليه مالك رحمه الله تعالى لان الاوامر محمولة على الوجوب حتى يقترن بها مايدل على أنها على الندب هذا قول المحققين من أهل العلم وبالله التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ واختلف اذا أجبر على الرجعة وألزم اياها ولم ينو ذلك ولا كانت له نية في مراجعتها هل له الوطء أم لا على قولين (أحدهما) أن ذلك له وهو الصحيح لانها ترجع الى عصمته بالحكم شاء أو أبي فيجوز له الوطء كالذي يجبر على النكاح ممن له الجبر عليه من أب أو وصي أو سيد فيجوز له الوطء وان كان النكاح قد غلب عليه بغير رضاه والى هذا ذهب أبو عمرو بن القطان واحتج لذلك بمن نكح هازلا فألزم النكاح بالحكم ان الوطء يجوز له وقال بعض البغداديين ليس له الاستمتاع بها الا أن ينوي رجعتها اذا أجبر على ذلك والصحيح ما تقدم وبالله التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وهذا في التي دخل بها وأما التي لم يدخل بها طلاقها جائز وان كانت

حائضا أو نفساء وكره ذلك أشهب وليس لكراهته وجه لأن العلة في منع ايقاع الطلاق فى الحيض تطويل العدة على المرأة لان الحيضة التى طلقها فيها لا يعتد بها من اقرائها والله تعالي يقول فطلقوهن لعدتهن والتي لم يدخل بها لاعدة عليها ويطلقها متى شاء وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف في الحامل اذا حاضت على حملها هل يجوز للزوج ان يطلقها فى ذلك الحيض أم لا وذكر عن أبي عمران الفاسى رضى الله عنه ان طلاقها فيه جائز لان الطلاق فى الحيض انما كره من أجل انها لا تعتد بتلك الحيضة فتطول عليها العدة وعدة هذه وضع الحمل فارتفعت العلة وجرى لابن القصار فى كتاب عون الادلة لما عورض بقول المخالف لو كانت الحامل تحيض لحرم الطلاق فيه فقال فكذلك نقول ان الطلاق فيه حرام وجه هذا القول أنه طلاق وقع فى حال نهى عن ايقاعه فلم يجز وان لم يوجد فيه علة الاضرار بالتطويل أصله اذا أباحت له المرأة ذلك فقد توجه قول أشهب فى كراهته لطلاق التى لم يدخل بها في الحيض بهذا وبالله سبحانه وتعالي التوفيق وهو الهادى الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وانما يجبر على الرجعة من طلق طلاقا رجعيا وأما من طلق طلاقا دائما بخلع أو بغير خلع فلا يجبر على الارتجاع وكان أبو المطرف بن جرير يفتي بالاجبار على الرجعة فى طلاق المباراة وكان غيره من شيوخ وقته مخالفا له في ذلك ويخطؤنه فيه وقوله مخرج على قول مطرف ورواية ابن وهب عن مالك فيما خالع وأعطي أنها طلقة رجعية وبالله التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وطلاق المدخول بها وان كان بائنا بخلع أو غيره فانه لا يصح له ايقاعه في الحيض ولا فى دم النفاس للعلة التى قدمناها وهى التطويل في العدة وبالله التوفيق

(فصل) ولا يطلق السلطان على من به جنون أو جذام أو برص أو عنة أو عجز عن النفقة أو ما أشبه ذلك مما يحكم فيه بالفراق فى الحيض ولا فى دم النفاس وكذلك لا يلاعن بين الزوجين فى الحيض ولا فى دم النفاس فان فعل ذلك فقد أخطأ

لا يجبر فى شئ من ذلك على الرجعة لانه طلاق بائن الا فى الذي يطلق عليه بعدم الانفاق فانه يجبر على الرجعة أن أيسر في العدة هذا الذي يلزم على أصولهم ولا أعرف فيها رواية وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما المولى فاختلف فيه قول مالك هل يطلق عليه في الحيض أم لا على قولين فاذا طلق عليه فى الحيض على أحد قوليه فانه يجبر على الرجعة تطلق عليه بالقرآن ويجبر على الرجعة بالسنة وذهب أبو اسحاق التونسى الى أن تطليق الامام على المجنون والمجذوم والمبروص انما هي طلقة رجعية وان الموارثة بينهما قائمة مادامت العدة لم تنقض ولو صحوا في العدة من أدوائهم لكانت لهم الرجعة وهو خلاف المعلوم من المذهب ان كل طلاق يحكم به الامام فهو بائن الا المولى والمطلق عليه لعدم الانفاق فعلى قوله لو اخطأ الامام فطلق على واحد منهم فى الحيض يجبر على الرجعة ان صح فيها من دائه واما العنين فلا اختلاف ان تطليق الامام عليه تطليقة بائنة لانه طلاق قبل الدخول لتقاررها على عدم المسيس وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما كل نكاح يفسخ بعد البناء لفساده فان فسخ بطلاق فانه يفسخ متى ماعثر عليه وان كان ذلك فى الحيض أو دم النفاس بخلاف ما كان فى فسخه واجازته خيار لاحد وكذلك الامة تعتق تحت العبد لاتختار فى الحيض فان فعلت لم تجبر على الرجعة لانها طلقة بائنة وقد روى عيسى عن ابن القاسم فى المتخرجة مايدل على انها طلقة رجعية وهى رواية ابن نافع عن مالك فعلى هذا يجبر على الرجعة إن أعتق فى العدة ولا يملك أحد زوجته فى الحيض فان فعل فلا تختار فيه وذلك بيدها حتى تطهر من حيضتها وان انفض المجلس ولايدخل فى ذلك اختلاف قول مالك في مراعاة المجلس وان سبقت الى الخيار في الحيض أجبر زوجها على الرجعة فيما دون الثلاث وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والعدة أوجبها الله وأمر بها حفظا للانساب وهى تنقسم على قسمين عدة وفاة وعدة طلاق فان كانت المرأة حاملا فعدتها وضع الحمل في الوفاة والطلاق

جميعا لا اختلاف في ذلك بين أحد من أهل العلم لقول الله عز وجل وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن عموما الا مايروى عن بعض السلف أن المتوفى عنها زوجها وهى حامل تعتد أقصر الاجلين فان لم تكن حاملا فهاهنا تفترق عدة الوفاة من عدة الطلاق فاما عدة الوفاة فأربعة أشهر وعشر وهى لازمة في المدخول بها والتى لم يدخل بها لعموم قوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فقيل انها فى التى لم يدخل بها عبادة لا لعلة وقيل إنها لعلة والعلة فى ذلك الاحتياط للزوج اذ قد درج وانطوى بحجته فلعله لو كان حيا لبين أنه قد دخل بها ونظير ذلك أن من أثبت دينا على ميت لا يحكم له الا بعد اليمين وان لم يدع الورثة عليه أنه قد قبض أووهب بل لو أقر له الورثة بالدين ولم يريدوا ان يدفعوه الا بحكم لم يحكم له القاضى به الا بعد اليمين مخافة أن يطرأ وارث أو يطرأ عليه دين هذه علة صحيحة فى التى يوطء مثلها ولما لم يكن في قدر ذلك حد يرجع اليه في الكتاب والسنة حمل الباب محملا واحداً وأوجب عليها العدة وان كانت ممهورة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ولم يختلف فى التى قد دخل بها انها لعلة وهى حفظ الانساب لكن تحديد الاربعة أشهر وعشر دون الاقتصار على ما يحصل به الاستبراء أو يعلم به براءة الرحم عبادة والدليل على ذلك اختلاف قول مالك فى الكتابية اذا مات عنها زوجها المسلم هل تعتد بأربعة أشهر وعشراً و ثلاث حيض لانه مبني على الاختلاف فى الكفار هل هم مخاطبون بشرائع الاسلام أم لا واذا قلنا انها غير مخاطبة بشرائع الاسلام فانما عليها الاستبراء بثلاث حيض هذا أيضاً على مذهب من رأي ان الثلاث حيض كلها استبراء واما من ذهب الى ان الحيضة الواحدة استبراء والاثنتان عبادة فلا يوجب عليها في الوفاة ولا فى الطلاق الا الاستبراء بحيضة واحدة ان كانت مدخولا بها وان لم تكن مدخولا بها فلا شيء عليها فى الوفاة ولا فى الطلاق فأما اسقاط العدة عنها فى الوفاة اذا لم يدخل بها فقد حكي الرواية عن مالك ابن الجلاب وأما استبراؤها بحيضة واحدة في الطلاق من المسلم فلا أعرف فى ذلك نص رواية الا أن مالكا قد

قال في الطلاق من الذمي ولا فرق بين الموضعين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم الطريق

﴿ فصل ﴾ وان كان المتوفي عنها زوجها لم يدخل بها زوجها أو كانت في سن من لا تحيض من صغر أو كبر ويؤمن الحمل منها حلت بتمام الاربعة الاشهر والعشرة وأما ان كانت قد دخل بها وهي من ذوات الاقراء فحاضت فيها حلت بتمامها وأما ان لم تحض فيها فلا يخلو الامر من وجهين (أحدهما) أن يكون مر بها فيها أعنى في العدة وقت حيضتها فارتفعت عنها من غير عذر (والثاني) أن لا يمر بها فيها وقت حيضتها مثل أن تكون لا تحيض الا من خمسة أشهر الى مثلها أو من سنة الى مثلها أو كان ارتفاعها من عذر فأما ان لم تحض فيها ولم يكن لارتفاع حيضتها عذر فقول مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره أنها ريبة فلا تحل حتى تحيض أو يمر بها تسعة أشهر أمد الحمل في الاغلب فاذا مر بها تسعة أشهر حلت الا أن تكون بها ريبة تحس في البطن فتقيم حتى تذهب الريبة وتبلغ أقصى أمد الحمل وقال أشهب وابن الماجشون وسحنون انها تحل بانقضاء العدة وان لم تحض اذا لم يكن بها من الريبة أكثر من ارتفاع الحيض وكذلك المستحاضة تجرى فى هذا المجرى وقد روى عن مالك ان عدة المستحاضة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر للحرة وثلاثة أشهر للامة وفى المسئلة على هذا ثلاثة أقوال أحدها ان المرتابة والمستحاضة في الوفاة تتربص الى تمام تسعة أشهر والثانى انهما تحلان لتمام أربعة أشهر وعشر والثالث التفرقة بين المرتابة والمستحاضة فتحل المستحاضة بتمام أربعة أشهر وعشر وتتربص المرتابة الى تمام تسعة أشهر وأما ان لم يمر بها فيها وقت حيضتها أو كان لارتفاعها عذر فمذهب مالك وأصحابه انها تحل بانقضاء العدة اذا لم يظهر بها حمل وروى ابن كنانة عن مالك في سماع اشهب انها لا تحل حتى تحيض أو يمر بها تسعة أشهر وحكي ابن المواز ان مالكا رجع عن هذا القول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والعذر الذى لا يكون ارتفاع الحيض معه ريبة الرضاع باتفاق والمرض

باختلاف قال أشهب ان المرض كالرضاع لا يكون ارتفاع الحيض معه ريبة لا في الوفاة ولا في الطلاق فتحل في الوفاة باربعة أشهر وعشر وتعتد في الطلاق بالاقراء وان تباعدت وروى ابن القاسم عن مالك وقال به ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ ان ارتفاع الحيض مع المرض ريبة كالصحيحة خلاف المرضع فتتربص في الوفاة الى تسعة أشهر وفي الطلاق سنة تسعة أشهر استبراء وثلاثة عدة والفرق بين المرض والرضاع عندهم ان الرضاع تقدر على ازالته بدفع الولد عنها والمرض لا منع لها فيه وأيضاً فان الرضاع له امد معلوم وحد محدود والمرض لا حد له قد يطول الاعوام الكثيرة التي لا يلحق في مثلها الولد فاذا جعلت عدتها الاقراء فان تباعدت قد تكون عدتها أكثر مما يلحق به الولد وذلك فاسد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما عدة الطلاق فلا تجب قبل الدخول قال الله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها الآية واما ان كان قد دخل بها اعتدت بثلاثة قروء ان كانت ممن تحيض أو بثلاثة أشهر ان كانت في سن من لا تحيض من صغر أو كبر قال الله عز وجل والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وقال واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ما هذه الريبة فروى أشهب عن مالك انها ريبة ماضية في الحكم ليس في معاودة الحيض لهن وذلك ان الله تعالى لما بين عدة ذوات الاقراء وذوات الحمل وبقيت اليائسة عن الحيض والتي لم تحض ارتاب أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في حكمها فانزل الله واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وذهب ابن بكير واسماعيل القاضي الى أن المعنى في قوله تعالى ان ارتبتم في معاودة الحيض لهن وانها ريبة مستقبلة واحتجا لذلك بحجج يطول جلبها من ذلك ان اليائس في كلام العرب انما هو فيما لم ينقطع فيه الرجاء ألا ترى انك تقول يئست من المريض لشدة مرضه ومن الغائب لبعد غيبته ولا يصح ان تقول يئست من الميت الذي قد انقطع الرجاء منه وانه لو كان بمعنى اليائسة التي

ذكر الله في كتابه وأوجب في العدة عليها ثلاثة أشهر هي التي لا ترتاب في معاودة الحيض لوجب اذا ارتفع عن المرأة الحيض وهى في سن من يشبه أن تحيض أن تعتد بالاقراء حتى تبلغ سن من لا يشبه أن تحيض وان بقيت عشرين عاما والى هذا ذهب الشافعى رحمه الله تعالى وهو خطأ لا يصح من وجهين (أحدهما) أنها ان جاءت بولد لما لا تحمل له النساء من المدة وان كانت العدة لم تنقض لم يلحق به الولد فمحال أن تعتد من الزوج في مدة لا يلحق فيها به الولد (والوجه الثاني) مخالفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه فى قوله أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر تسعة أشهر فان بان بها حمل والا اعتدت تسعة أشهر بثلاثة أشهر ثم حلت ولا مخالف له من الصحابة ومن ذلك أن الريبة لو كانت في الحكم لكانت ماضية ولكان حقها أن تكون ان ارتبتم بفتح الألف من أن فاذا قلت ان اليائسة التى أوجب الله عليها العدة ثلاثة أشهر هي التي ترتاب فلا تدري لم لم تحض فدليل هذا ان لا تجب عدة على من يعلم انها ممن لا تحيض من صغر أو كبر ولا ترتاب في أمرها الا انه لما لم يكن فى ذلك حد يرجع اليه حمل الباب في ذلك محملا واحداً وقد ذهب ابن لبابة فى كتابه الى ان الصغيرة التي يئست فى سن من تحيض ويؤمن الحمل عليها أنها لا عدة عليها وان كان يوطأ مثلها وكذلك الكبيرة التى انقطع عنها الحيض ويؤمن الحمل منها وقال انه مذهب داود وانه القياس لان العدة انما هى لحفظ الانساب فاذا أمن الحمل فلا معني للعدة وهو شذوذ من القول وهو الذى ذهب اليه مالك فى رواية أشهب عنه فالتى ترتفع حيضتها بعد ان حاضت وهى في سن من تحيض محمولة علي مابيناه من الاختلاف فى المرض لانها بمعنى اليائسة وللسنة الثابتة في ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فلا تحل المرأة المطلقة ولا حمل بها اذا كانت فى سن من تحيض أوقد حاضت مرة أو مرتين الا بثلاثة قروء أوسنة بيضاء لادم فيها تسعة أشهر لادم فيها استبراء ينزل بلوغها اليها دون ان ترى فيها دماً بمنزلة اليائسة ثم ثلاثة أشهر عدة كما قال الله عز وجل وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو

الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصـل ﴾ فاذا ارتفع عن المرأة الحيض واعتدت بالسنة ثم تزوجت فطلقها زوجها اعتـدت بثلاثة أشهر كاليائسة عن المحيض وهـذا كان شأنها مالم تعتد بالاقراء فان اعتدت بالاقراء ثم طلقت ثانية فارتفع عنها الحيض اعتدت بتسعة أشهر استبراء وثلاثة أشهر عدة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصـل ﴾ فان كانت ممن لاتحيض الا من سنة الى سنة أو الى أكثر من ذلك فانها تتربص فى عدتها سنة فان جاء فيها وقت حيضتها فلم تحض حلت بتمامها وان لم يأتها فيهـا وقت حيضـتها انتظرت الى أن يأتى وقتها فان أتي وقتها ولم تحض فيها حلت مكانها وان حاضت علي عادتها تربصت سنة أخري فان جاء فيها وقت حيضتها انتظرت الى أن يأتى وقتها فان أتى وقتها ولم تحض فيها حلت بتمـامها وان لم تمر فيها وقت حيضتها تربصت حتي يأتى وقت حيضـتها فان أتاها وقت حيضتها ولم تحض حلت مكانها وان حاضت كانت عـدتها قد انقضت بالاقراء الثـلاث هـذا قول محمد بن المواز رحمـه الله في كتابه ولا مخالف له من أصحابنا والله أعلم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فيما تفترق فيه العدد من الاحكام فعدة الوفاة مفارقة لعدة الطلاق وتفترق أيضا عدة الطلاق البائن من عـدة الطلاق الرجعى فى كثير من الاحكام فتحصـيل القول فى هذا أن العدة تنقسم على ثلاثة أقسام عدة وفاة وعدة طلاق رجعى وعـدة طلاق بائن فأما عدة الوفاة فأمدها أربعة أشهر وعشر انلم تكن حاملا ووضع حملها ان كانت حاملا قال الله عز وجـل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصـن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً فكان ظاهر هذا العموم فى الحامل وغير الحامل فخصص من ذلك الحامل لقوله عز وجل وأولات الاحمـال أجلهن ان يضعن حملهن وبقيت الآية محكمة فيما سوى الحامل ومن أهل العلم من قال ان قوله عز وجل وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن ناسخ لقوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون

أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا وليس ذلك بصحيح لأن النسخ انما يكون فيما يتعارض ولا يمكن الجمع بينه فالصحيح أنها ليست بناسخة لها وانما هى مبينة لها ومخصصة لعمومها وذهب ابن عباس الى حمل الآية على عمومها في الحامل وغير الحامل ولم ير في ذلك نسخاً ولا تخصيصا فاوجب على الحامل فى العدة أقصى الأجلين باعتبار الآيتين وأما قول الله عزوجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فانها آية منسوخة باجماع نسخه قول الله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وان كانت قبلها فى التلاوة هذا من الغريب لأن حق الناسخ أن يكون بعد المنسوخ فلا شك انها نزلت بعدها وان كانت في التلاوة قبلها ولايجب للمرأة فيها نفقة ويجب لها فيها نفقةالسكني ان كانت الدار للميت أو كانت بكراء وقدنقد الكراء فيجب عليها المكث فيها أو فى غيرها ان لم تكن الدار للميت فأخرجت عنها حق الله عز وجل لحفظ الانساب فليس لها أن تبيت فى غيرها ولا ان تنتقل عنها الا من أمر لاتستطيع القرار عليه وكذلك الاحداد ليس لها أن تفعل مالا يجوز للحادة أن تفعله الا من ضرورة وقد اختلف فيما زاد على الاربعة الاشهر والعشر للاستبراء اذا أحست من نفسها بإتفاق أو تأخر عنها المحيض أولم يأتها فيها وقت حيضتها على اختلاف وقد قيل انها تبرأ بالاربعة الأشهر والعشر فى الوجهين وقيل انها تتربص الي تسعة أشهر فى الوجهين جميعا وقيل انها تتربص بالاربعة الاشهر والعشر اذا لم يأتها فيها وقت حيضتها بخلاف التي تتأخر عنها هل يجب عليها فيها الاحداد أم لا على قولين وهذا الاختلاف داخل فى وجوب المقام عليها فى بيتها ومن أهل العلم من جعل السكني حقالها فاجاز لها الانتقال من غير ضرورة والمبيت فى غيرها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما العدة من الطلاق الرجعى فامدها ثلاثة اقراء ان كانت ممن تحيض أو ثلاثة أشهر ان كانت يائسة من المحيض أو وضع حملها ان كانت حاملا ولها النفقة

فيها والسكنى حق الله عز وجل لحفظ النسب وليس لها ان تنتقل عن بيتها ولا ان تخرج عنه الا من ضرورة قال الله عز وجل لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة واختلف في الفاحشة المبينة ما هى فقيل هي الخروج من بيتها قبل انقضاء عدتها وقيل هي البذاء على زوجها واحمائها وقيل انما هي أن تأتى بفاحشة مبينة وتخرج لاقامة الحد عليها ولا إحداد عليها فيها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما العدة من الطلاق البائن فامدها أمد العدة من الطلاق الرجعى وقد اختلف في وجوب النفقة والسكنى لها فيها على ثلاثة أقوال (أحدها) ان لها السكني ولانفقة لها وهو قول مالك وجميع أصحابه والثانى ان لها النفقة والسكنى (والثالث) انها لانفقة لها ولا سكنى والصحيح ماذهب اليه مالك وأصحابه من أن لها السكني ولا نفقة لها ودليلهم على سقوط النفقة لها قول الله عز وجل وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن لان فى ذلك دليلا على أن غير الحامل لانفقة لها وهو نص قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث فاطمة بنت قيس ليس لك عليه نفقة اذا طلقها ثلاثا فارسل اليها شعيراً فسخطته فشكت ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم ودليلهم على وجوب السكني لها قول الله عز وجل اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم لان المراد بذلك فى اللائي قد بن من أزواجهن بدليل قول الله عز وجل فان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن لان غير البائن لها النفقة حاملا كانت أو غير حامل اذ لم تخرج بعد من العصمة باتفاق فان قيل كيف يصح ان يكون المراد بذلك اللواتي قد بن عن أزواجهن وهن لم يتقدم لهن فى السورة ذكر وانما تقدم ذكر اللواتى لم يبن عن أزواجهن بدليل قوله لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً قيل عن ذلك جوابان (أحدهما) أنه وان لم يتقدم لهن فى السورة ذكر فقد تقدم لهن ذكر في سورة البقرة وهو قوله عز وجل فلا تحل له من بعد حتي تنكح زوجا غيره فيعاد قوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم اليه لان القرآن كله كسورة واحدة فى رد بعضه الي بعض وتفسير بعضه ببعض (والثانى) أن نقول

انه قد تقدم لهن في السورة ذكر لان قوله عز وجل يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن عام فيمن لم تطلق بعد وفيمن طلقت طلقة وفيمن طلقت طلقتين وبقيت فيها طلقة لأنها تبين بالطلقة الواحدة للسنة فيرجع قوله اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم اليها دون من سواها ممن عمه عموم اللفظ واستدل من ذهب الى انها لانفقة لها ولاسكنى بما روي عن فاطمة بنت قيس انها قالت لم يجعل لي رسول الله نفقة ولاسكنى وهذا لاحجة فيه لانها انما قالت ذلك تأويلا على النبي صلى الله عليه وسلم اذ أمرها ان تعتد عند ابن أم مكتوم وفي أمر النبي صلى الله عليه وسلم اياها ان تعتد عند ابن أم مكتوم دليل على انه نقلها عن العدة الواجبة عليها في بيت زوجها الى حيث أمرها ان تعتد فيه بما ذكر من استطالتها بلسانها على احمائها فقد أوجب لها النبي صلى الله عليه وسلم لها السكني وجعله حقا عليها لله تعالى من حيث لم تشعر اذ لم يوجبه عليها لما أمرها به في موضع ماويقال لها اعتدي حيث شئت فلاسكنى لك واستدل من ذهب الى ان لها السكنى والنفقة بما روى من ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لا ندع آية من كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول لها السكنى والنفقة وتأول والله أعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم لما قال لها لا نفقة لك من أجل انها سخطت ما ارسل اليها به اذ رأى انه هو الواجب لها عليه لقول الله عز وجل ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا وسعها وتأول أيضا ان النفقة التي أمر الله بها للحوامل بقوله وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ليس من أجل الحمل انما هو من أجل العدة اذ لوكان من أجل الحمل لوجب له الرجوع بها عليه اذا ولد حيا وقد مات أخ لامه فورثه كما لو أنفق عليه في حياته ثم انكشف ان له مالا واختلف الذين أوجبوا لها السكنى فيما يجب عليها فيه على ثلاثة أقوال أحدها انه لايجب عليها المقام فيه وانما هو حق لها ان شاءت أخذته وان شاءت تركته والثاني انه حق الله تعالى فيلزمها ان لاتبيت الا فيه ولها ان تخرج في نهارها فتتصرف في حوائجها وهو قول

مالك وأصحابه والثالث انها ليس لها ان تبيت عنه ولا ان تخرج بالنهار منه قال ذلك من ذهب الى ان النفقة لها فرأى انه لا حاجة بها الى الخروج وهو ان المتوفى عنها زوجها انما كان لها الخروج بالنهار لتبتغي من فضل الله اذ لا نفقة لها وهذا كله فيه نظر والصحيح ما ذهب اليه مالك وأصحابه وكذلك اختلفوا أيضا في المبتوتة هل عليها إحداد في عدتها أم لا على قولين (أحدهما) قول مالك رحمه الله تعالى أنه لا احداد عليها وهو الصحيح (والثاني) ان عليها الاحداد قياسا على عدة الوفاة في استبرائها وفي وجوب المبيت عليهما في بيوتهما طول عدتهما وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في بيان الاقراء وما هي الاقراء هي الاطهار على مذهب أهل الحجاز وهو مذهب مالك وأصحابه لا خلاف بينهم في ذلك وذهب أهل العراق الى أنها الحيض والدليل على صحة قول مالك رحمه الله تعالى قول الله عز وجل يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن أي في مكان يعتددن فيه كما قرأ ابن عمر فطلقوهن لقبل عدتهن وهي قراءة تساق على طريق التفسير وبين النبي صلى الله عليه وسلم ان ذلك أن يطلقها في طهر لم يمسها فيه فدل ذلك أن الطهر الذي يطلقها فيه تعتد به وأنه من اقرائها ولو كانت الاقراء الحيض كما قال أهل العراق لكان المطلق في الطهر مطلقا لغير العدة ومن جهة المعنى ان القرء مأخوذ من قريت الماء في الحوض أي جمعته فيه والرحم يجمع الدم في مدة الطهر ثم يمجه في مدة الحيض وموضع الخلاف انما هو هل تحل المرأة بدخولها في الدم الثالث أو بانقضاء آخره فمن قال إن الاقراء هي الاطهار يقول انما تحل بدخولها في الدم ومن قال انها الحيض يقول انها لا تحل حتى تتم الحيض وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والطلاق للرجال والعدة للنساء والعبيد في الحدود على النصف من الاحرار لقول الله عز وجل فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والطلاق والعدة من الحدود لا من الحقوق فوجب بذلك ان يكون العبيد فيه على النصف من الاحرار فكان طلاق العبيد طلقتين اذ لم تنقسم الطلقة الثانية كانت

زوجته حرة أو أمة وكانت عدة الامة حيضتين اذ لم ينقسم الطهر الثانى حراً كان زوجها أو عبداً وأما ان كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر كالحرة سواء اذ لا يتبين الحمل فى أقل من ثلاثة أشهر وأما فى الوفاة فعدتها شهران وخمس ليال الا ان تكون قد دخل بها وهى فى سن من تحيض ويمكن ان تحمل فتتربص حتى تمر بها ثلاثة أشهر مخافة ان يكون بها حمل والحمل لا يتبين فى أقل من ثلاثة أشهر وقال مالك مرة في المرأة المتوفي عنها زوجها وهي ممن قد يئسن من المحيض انها تعتد بشهرين وخمسة أيام وقال مرة انها تعتد بثلاثة أشهر لان الحمل لا يتبين فى أقل من ثلاثة أشهر ولا ينبغي ان يحمل ذلك على انه اختلاف من قوله لانه انما تكلم فى الرواية الاولى على انها ممن يؤمن الحمل منها وفي الرواية الثانية على ان الحمل لا يؤمن منها ألا ترى انه علل قوله ان الحمل لا يتبين فى أقل من ثلاثة أشهر فينبغى ان تعتد الامة فى الطلاق اذا كانت فى سن من لا تحيض وأمن منها الحمل بشهر ونصف نصفُ عدة الحرة ولا أعرف لاحد من أصحابنا فى ذلك نصا وانما اختلف أصحاب مالك باختلاف من قبله فى استبراء الامة في البيع اذا كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر وقيل استبراؤها شهر وقيل شهر ونصف وقيل شهران وقيل ثلاثة أشهر وهو أصح الاقاويل لان الحمل لا يتبين فى أقل من ثلاثة أشهر وهو مذهب مالك وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ فى التزويج فى العدة أوجب الله تعالى العدة حفظا للانساب وتحصينا للفروج ونهى عن عقد النكاح فيها نهى تحريم لان العقد لا يراد الا للوطء فكان ذلك ذريعة الى الانساب فقال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتي يبلغ الكتاب أجله وهو انقضاء العدة ونهي تبارك وتعالى عن المواعدة فيها فقال علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً الا أن تقولوا قولا معروفا والقول المعروف هو التعريض بالمواعدة دون الافصاح بها وذلك مثل أن يقول انك علىّ لكريمة وانى فيك لراغب وإن يقدر أمر يكن وما أشبه ذلك فالفرق بين جهة المعنى بين المواعدة والقول

المعروف أن العـدة يستحب الوفاء بها ويكره الخلف فيها فاذا لم يصرح بالعـدة فانما عرض بها فلم يأت بما يستحب له فعله ولا يكره له تركه وبالله التوفيق وهو الهـادي الي أقوم طريق

﴿ فصـل ﴾ والكلام في هذا الباب من فصول ثلاثة (أحدها) مايجوز في العدة من معنى الخطبـة (والثاني) مايكره له فيها والحكم فيمن أتاه (والثالث) مايحرم عليـه والحكم فيمن أتاه وبالله التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما الذي يجوز له فالتعريض بالعدة وهو القول المعروف والمواعدة التي ذكر الله تعالى في كتابه وصفته أن يقول لها أو يقول كل واحد منهما لصاحبه إن يقدر أمر يكن واني لارجو أن أتزوجك واني فيك لمحب وما أشبه ذلك وبالله التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصـل ﴾ وأما الذي يكره له فيها فوجهان (أحـدهما) العدة (والثاني) المواعـدة فأما العدة فهي أن يعد أحدهما صاحبـه بالتزويج دون أن يعده الآخر بذلك وهي تكره ابتداء باتفاق مخافة أن يبدو للمواعد منهما فيكون قد أخلف العـدة فان وقع وتزوجها بعـد العدة مضى النكاح ولم يفسـخ ولا وقع به تحريم باجماع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما المواعدة فهي التي نهي الله عنها بقوله ولكن لا تواعدوهن سراً الا ان تقولوا قولا معروفا فهي ان يعد كل واحـد منهما صاحبه لانها مفاعلة فلا تكون الا من اثنين وهي تكره ابتـداء باجماع واختلف اذا وقع ثم تزوجها بعـد العدة هل يفسخ النكاح أم لا على قولين (أحدهما) رواية أشهب عن مالك رضي الله عنهما في المدونة انه يفسخ والثاني رواية ابن وهب عنـه فيها انه لا يفسخ لانه استحب الفسخ فيها ولم يوجبه فالعدة في العدّة لا تؤثر في صحة العقد بعدها والمواعدة تؤثر فيه لانها تشـبه العـقد على ما بيناه من كراهة الخلف في العدة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ واختلف أيضاً على القول الذى يرى ان العقد يفسخ ان لم يعثر عليه حتى وطئ هل تحرم عليه للابدأم لا على قولين فروى اشهب عن مالك انها لاتحرم عليه وروى عيسى عن ابن القاسم انها تحرم عليه اذ كان الوعد شبيها بالايجاب فان واعد وليها بغير علمها وهى مالكة أمر نفسها فهو وعد وليست بمواعدة فلا يفسخ النكاح ولا يقع تحريم باجماع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يحرم عليه فيها فالعقد والوطء فان عقد النكاح فيها يفسخ متى ماعثر عليه دخل أولم يدخل وكان لها ان دخل الصداق المسمى وأجزأتها عدةواحدة عن الزوجين جميعا خلاف ماروى عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنها تعتد بقية عدتها من الاول ثم تعتد من الآخر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ واختلف اذا فسخ النكاح هل تحرم عليه للأبد أم لا على أربعة أقوال (أحدها) أنها لاتحرم عليه وطئ أولم يطأ وهو قول ابن نافع وروايته عن عبد العزيز ابن أبي سلمة خلاف ظاهر ما حكى عنه سحنون فى المدونة من قوله قال مالك وعبد العزيز هو بمنزلة من عقد في العدة ووطئ فى العدة وقد تأول قوله فى المدونة خلاف قول مالك رحمه الله تعالى فيها مثل رواية ابن نافع عنه وهذا تأويل محتمل والاول أظهر (والثانى) انها تحرم عليه ان وطئ فى العدة وهو قول المغيرة وغيره فى المدونة (والثالث) انها تحرم عليه ان وطء كان وطؤه في العدة أو بعد العدة وهو قول مالك في المدونة وظاهر قول عبد العزيز فيها على ما بيناه (والرابع) أنها تحرم عليه بالعقد وان لم يطأ حكي هذا القول عبد الوهاب ولم يسم قائله واختلف فى القبلة والمباشرة فى العدة هل تكون كالوطء فيها أم لا على قولين ففى المدونة أنه كالوطء يقع التحريم المؤبد بها وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تحرم بذلك قال لان الوطء نفسه فيه من الاختلاف ما فيه فكيف بالقبلة والمباشرة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والعدة من الطلاق والوفاة فى ذلك سواء ان كان الطلاق بائنا بخلع أو بتات

واختلف اذا كان رجعيا ففى المدونة لغير ابن القاسم أن المتزوج متزوج فى عدة وقيل ان مذهب ابن القاسم أن المتزوج فيها كالمتزوج فى العصمة ولكون أسباب العصمة قائمة بينهما من الموارثة والنفقة وما أشبه ذلك وأراه فى أصل الاسدية ويحتمل أن يقال فى المسئلة قول ثالث أنه ان راجعها لم يكن متزوجاً فى عدة وان لم يراجعها حتى تنقضى العدة كان متزوجا فى عـدة قياسا على قول أحمد بن ميسر فى النصرانيـة تسلم تحت النصرانى فتتزوج فى العدة أن النصرانى ان لم يسلم حتى تنقضى العدة كان متزوجا فى عدة وان أسلم لم يكن متزوجا فى عدة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ولا يكون هو ان راجعها في بقية من عدتها بعد ان فرق بينها وبين الذى تزوجها وقبل الاستبراء نـكاحها في عدة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والاستبراء بمنزلة العدة سواء فى أن الوطء لايجوز فيها بالملك ولا بالنـكاح لما يلزم من حفظ الانساب وانما يفترق ذلك فى وجوب التحريم المؤبد وافتراقه على ثلاثة أوجه (أحدها) يقع به التحريم باتفاق أعنى بين من رآه في حال من الاحوال (والثاني) لا يقع به التحريم باتفاق (والثالث) يختلف فيـه على قولين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فأما الذي يقع به التحريم باتفاق فالوطء بنـكاح أو بشبهة نـكاح أو بملك أو بشبهة ملك فى استبراء الاماء خاصـة أو في عدة من غـير نـكاح كعدة أم الولد يموت عنها سيدها أو يعتقها كان استبراء وهى من اغتصاب أو زنا أو بيع في الاماء أو هبـة أو عتق أعني وقد وطئ البائع أو الواهب أو الميت أو المعتق وأما ان لم يطأ احد منهم فلا اختلاف ان متزوجها قبل الاستبراء متزوج في عدة الا أن بعض هذه المواضع أخف من بعض والاختلاف فيها أقل فأخفها متزوج الامة في استبرائها من الزنا ثم فى استبرائها من الاغتصاب ثم فى استبرائها من البيع أو الهبة أو الموت ثم فى استبرائها من العتق بخروجها منه الى الحرية ثم فى استبراء أم الولد من العتق ثم في استبرائها من الموت لانه لا عـدة على مذهب مالك ثم فى استبراء الحرة من

الزنا ثم في استبرائها من الاغتصاب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وينبغي أن يكون تزويج الامة حاملا من الزنا أخف من تزويجها في الاستبراء منه لان في تزويجها في الاستبراء منه اختلاط الانساب وليس ذلك في تزويجها حاملا ألا ترى أنه قد أجاز بعض أهل العلم لمن زنت زوجته وهي حامل منه ظاهر الحمل أن يطأها قبل الوضع لأمنه من خلط الانساب وقد جعل ابن القاسم في رواية أصبغ عنه تزويجها حاملا أشد من تزويجها في الاستبراء الرواية يرويها ابن وهب عن مالك رحمهما الله تعالى مجردة في الحمل أنه لا يتزوجها أبداً وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وكذلك متزوج النصرانية في عدة وفاة أو طلاق من النصراني يختلف في ايجاب التحريم به لانه استبراء وليس بعدة ألا ترى انه لا عدة عليها في الوفاة قبل الدخول وعليها فيه بعد الدخول ثلاث حيض كالطلاق سواء وقد كان مالك رحمه الله تعالى يقول قديما تجزئها حيضة واحدة وأما متزوج النصرانية في عدة أو وفاة أو طلاق من زوجها المسلم فهو متزوج في عدة الا ترى انها تجب عليها في الوفاة قبل الدخول وقد روي عن مالك انه لا عدة عليها في الوفاة قبل الدخول وعليها بعده ثلاث حيض فعلى هذه الرواية لم يرها عدة وجعلها استبراء فيدخل الاختلاف في التحريم على قياس هذه الرواية وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف أيضا اذا كانت العدة منه كالذي يتزوج المرأة تزويجا حراما لا يقر عليه فيفسخ نكاحه بعد الدخول فيتزوجها قبل الاستبراء وكالذي يطلق المرأة ثلاثا فيتزوجها في عدتها منه قبل زوج فمن علل التحريم بالتعجيل قبل بلوغ الأجل مع اختلاط الانساب لم يوجب التحريم عليه ومن علل بالتعجيل من غير أن يضم الى ذلك اختلاط الانساب أوجب التحريم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ولا يكون من وطئ زانيا بغير شبهة نكاح ولا ملك في عدة واستبراء

واطئا فى عدة يحرم به عليه نكاحها فيما يستقبل باتفاق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ومن زوج أمته من رجل وهو يطأها قبل ان يستبرئها أو أم ولده قبل ان يستبرئها فلا يكون متزوجا فى عدة وهو كمن تزوج زوجة رجل فى عصمته وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان أتت الزوجة فى العدة بولد لاقل من ستة أشهر فهو للأول وتحل بالوضع منهما جميعا وكذلك ان أتت به لاكثر من ستة أشهر ما بينها وبين ما تلد لمثله النساء وكان تزوجها قبل حيضة وأما ان كانت أتت به لأكثر من ستة أشهر وكان قد تزوجها بعد حيضة فالولد للآخر واختلف هل تحل من الاول بوضع الحمل أم لا إن كانت من أهل الاقراء وكانت العدة من طلاق والصواب أنها لاتحل من الاول بوضع الحمل ولا بد لها من استئناف ثلاث حيض بعد الوضع كما لو حبسها عن الحيض مرض أو رضاع وهو اختيار محمد بن المواز رحمه الله تعالى وفي المدونة دليل على القولين جميعا قال فى موضع اذا تزوجها فى عدة الطلاق فأتت بولد ان الوضع يجزئها من الزوجين ولم يفرق بين أن يكون الولد من الاول أو الثانى فاذا حملت الكلام على ظاهره من العموم استفدت منه ان الوضع يبرئها من الزوج الاول وان كان الولد من الثاني وقال فى موضع آخر اذا تزوجها في عدة الوفاة بعد حيضة أو حيضتين فأتت بولد لستة اشهر فصاعداً ان عدتها وضع الحمل وهو آخر الاجلين ففي قوله وهو آخر الاجلين دليل على انه اعتبر انقضاء العدة من الزوج الاول لما كان الحمل من الزوج الثانى فاذا اعتبر ذلك فى عدة الوفاة وجب أن يعتبره فى عدة الطلاق واذا اعتبره في عدة الطلاق لم تبرأ بوضع الحمل ووجب أن تستأنف ثلاث حيض بعد الوضع اذ الوضع ليس بآخر الأجلين لكون الاقراء غير داخلة فى مدة الحمل والله أعلم قال فى كتاب ابن المواز بعد ذكر الاختلاف المذكور ولو كان الحمل من زنا لم يبرئها ذلك بحال من علة لزمتها معنى ذلك اذا تقارر الزوجان بالزنا وانتفى الولد

باللعان أو أقرت المرأة بالزنا بعد اللعان أو كان الزوج خصيا قائم الذكر تجب العدة على زوجته ولا يلحقه الولد على الاختلاف في ذلك وانما قلنا ذلك لان الزوج ان نفي الولد والتعن انقضت العدة بوضع الحمل وان لم ينفه لحق به وانقضت العدة بوضعها أيضا لان فراشه قائم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في المفقود فقد الشيء تلفه بعد حضوره وعدمه بعد وجوده قال الله عز وجل قالوا وأقبلوا عليهم ماذا تفقدون قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فالمفقود هو الذي يغيب وينقطع أثره ولا يعلم خبره وهو على أربعة أوجه مفقود في بلاد المسلمين ومفقود في بلاد العدو ومفقود في صف المسلمين في قتال العدو ومفقود في حرب المسلمين في الفتن التي تكون بينهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ فأما المفقود في بلاد المسلمين فالحكم فيه اذا رفعت المرأة أمرها الى الامام أن يكلفها اثبات الزوجية والمغيب فاذا أثبتت ذلك عنده كتب الي والى البلد الذي يظن أنه فيه أو الى البلد الجامع ان لم يظن به في بلد بعينه مستبحثا عنه ويعرفه في كتابه اليه باسمه ونسبه وصفته ومتجره ويكتب هو بذلك الى نواحي بلده فاذا ورد على الامام جواب كتابه بأنه لم يعلم له خبر ولا وجد له أثر ضرب لامرأته أجل أربعة أعوام ان كان حراً أو عامين ان كان عبداً وينفق عليها فيها من ماله وفي مختصر ابن عبد الحكم ان الاجل يضرب من يوم الرفع وقال أبو بكر الابهرى رضى الله تعالى عنه انما ضرب لامرأة المفقود الاجل أربعة أعوام لانه أقصى أمد الحمل وهو تعليل ضعيف لان العلة لو كانت ذلك كان ينبغي ان يستوي فيه الحر والعبد لاستوائهما في مدة لحوق النسب وتوجب أن يسقط جملة في الصغيرة التي لا يوطأ مثلها اذا فقد عنها زوجها وقام عنها أبوها في ذلك فقد قال انها لو أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها لضرب لها أجل أربعة أعوام وهذا يبطل تعليله ابطالا ظاهراً وقيل انما ضرب لها أجل أربعة أعوام لانها المدة التي تبلغ المكاتبة فيه بلد الاسلام مسيراً ورجوعا وهذه

يبطل على أن القول بالاجل انما يضرب بعد الكشف والبحث وانما يشبه أن يقال على مذهب من يرى ضرب الاجل من يوم الرفع وفيه أيضاً نظر انما أخذت بالأربعة الأعوام بالاجتهاد لان الغالب أن من كان حيا لا يخفي حياته مع البحث عنه أكثر من هذه المدة ووجب الاقتصار عليها لان الزيادة فيها والنقصان منها خرق الاجماع لان الامة في المفقود على قولين (أحدها) أن زوجته لا تتزوج حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يحيي الي مثله (والثاني) انه يباح لها التزويج اذا اعتدت بعد تربص أربعة أعوام فلا يجوز احداث قول ثالث والذى ذكر أبو بكر الابهرى من أن أكثر مدة الحمل أربعة أعوام هو ظاهر ما في كتاب العتق الثانى من المدونة ومذهب الشافعى رحمه الله تعالى وذهب ابن القاسم الى أن أكثره خمسة أعوام وروي أشهب عن مالك رحمه الله تعالى سبعة أعوام على ما روي أن امرأة ابن عجلان ولدت ولده مرة من سبعة أعوام وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى وأصحابه والثورى الى أن أقصاه عامان واختاره الطحاوى استدلالا بقول الله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهراً لانه جمع الحمل والفصال في ثلاثين شهراً فلا يصح أن يخرجا منها ولا واحد منهما فلما خرجت عنها سائر الاقوال لم يبق الا القول الذى لم يخرج قائله بهما عنها فكان هو أولاها بالصواب فان قال قائل اذا كان الحمل والفصال لا يخرجان عن ثلاثين شهراً وكان أكثر مدة الحمل عامين أفيكون الفصال ستة أشهر وأبدان الصبيان لا تقوم بها ويحتاجون فى الرضاع الى أكثر منها فالجواب عن ذلك أنه قد يحتمل أن تكون الستة الاشهر أدنى مدة الفصال وأن يكون المولود اذا ألطف له في الغذاء استغني عن الرضاع بعد الستة الاشهر وهو الظاهر فيما روى عن ابن عباس من قوله اذا وضعت المرأة لتسعة أشهر كفاها من الرضاع احد وعشرون شهراً واذا وضعت فى سبعة أشهر كفاها من الرضاع ثلاثة وعشرون شهراً فاذا وضعت لستة أشهر فحولان كاملان لان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلاثون شهراً فعلي قياس قوله اذا وضعت فى عامين فرضاعه ستة أشهر ويحتمل ان يكون الله تعالى قد

جعل مدة الفصال والحمل ثلاثين شهراً لا أكثر منها على ما في الآية التي تلوناها مما قد يحتمل ان تكون مدة الفصال قد ترجع الى ستة أشهر ثم زاد الله تعالى فى مدة الرضاع تمام الحولين لقوله تعالى وفصاله فى عامين ولقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين وبقى مدة الحمل على ما فى الآية الأولى فلم يخرجه عن الثلاثين شهراً وأخرج منه مدة الفصال اذا كان الحمل أكثر من ستة أشهر والجواب الاول عندي أظهر لانه يعضد ما روي عن ابن عباس رضى الله عنه فنقول على قياسه أن أقل مدة الفصال ستة أشهر وأكثرها عامان كما أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها عامان وان للمرأة أن تنقص من الحولين فى رضاع ولدها ما بينها وبين ستة أشهر اذا لم تنقص من الثلاثين شهراً بين الحمل والرضاع شيئاً وقد قيل أنه انما ضرب له أربعة أعوام لانه جهل الى أى جهة سار من الاربع جهات وهذا لا معنى له فان لم يأت حتى انقضت اعتدت عدة الوفاة قيل باحداد وقيل بغير احداد ثم تزوجت ان شاءت على ما روى فى ذلك عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ولا مخالف لهم من الصحابة الا رواية أخرى جاءت عن على بن أبي طالب رضي الله عنه انها لا تتزوج حتى يعلم موته أو يأتى عليه من الزمان مالا يحي الى مثله تعلق بها أهل المشرق والشافعى فى أحد قوليه والصحيح مثل ما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن على بن أبي طالب رضى الله عنه ومن ذكرنا معه وهو الصواب الذي ذهب اليه مالك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار ولقوله عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ فهذا هو الاصل فى الحكم بقطع العصمة بين المرأة وزوجها اذا فقد واباحة النكاح لها مع جواز حياته من طريق الاثر واما من طريق النظر فاذا وجب أن يفرق بين الرجل وامرأته من أجل العنت والايلاء وهي لم تفقد الا الوطء فهي فى المفقود اوجب لفقدها للوطء والعشرة والنفقة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا ضرب الامام لامرأة المفقود الاجل بعد البحث عن خبره وانقضى

فاعتدت فقد بانت منه في الحكم الظاهر وكان لها أن تتزوج ان شاءت مالم ينكشف خلاط ذلك الحكم بمجيئه أو علم حياته وليس لها أن تبقى على عصمة الزوج لأنها أبيحت للازواج ووجب الفراق بينها وبين زوجها بالحكم فهو ماض لا ينتقض الا بانكشاف خطئه ألا ترى انها لو ماتت بعد المدة لم يوقف له ميراثه منها وان كان لو أتى في هذه الحال كان أحق بها فلو بلغ هو من الاجل مالا يحيي الى مثله من السنين وهي حية لم ترث منه وانما يكون لها الرضى بالمقام على العصمة مالم ينقض الاجل المضروب واما اذا انقضى واعتدت فليس ذلك لها وكذلك أن مضت بعض العدة فان رضيت بالمقام على العصمة قبل تمام الاجل ثم بدي لها فرفعت أمرها استأنف لها الاجل من أوله حكي ابن حبيب في الواضحة أنه اذا عتدت بعد ضرب الاجل ثم لم تتزوج حتى بلغ من السنين ما لا يحيي الى مثلها فيموت انها ترثه وهو بعيد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان انكشف أمر المفقود باتيانه أو علم حياته أوموته قبل انقضاء الاجل والمدة انتقض ذلك الحكم باتفاق وعملت على ماينكشف من أمره فاعتدت من يوم وفاته ان علم موته وبقيت على عصمته ان علمت حياته وكذلك ان انكشف بعد انقضاء الاجل والعدة انه مات قبل ذلك ينتقض ذلك الحكم وتعتد من يوم وفاته فان كانت قد تزوجت فيها كان متزوجها متزوجا في عدة واما ان انكشف انه مات بعد انقضاء الاجل والعدة أو أنه حي ففي ذلك ثلاثة أقوال (أحدها) ان الحكم ماض لاينتقض فلا يكون له اليها سبيل ولايكون لها منه ميراث حكي هذا القول في مختصره ابن عيشون عن ابن نافع وهو بعيد لان الحاكم اذا حكم باجتهاده ثم بان له أو لغيره انه اخطأ في حكمه خطأ متفقاً عليه نقض ذلك الحكم باجماع فلو قيل على قياس هذا ان المفقود أحق بزوجته أبداً وان تزوجت ودخل بها زوجها كالمنعي لها لكان له وجه في القياس ولكنهم لم يقولوا ذلك فاين هذا من قول ابن نافع الا انه يشبه ماروي عن مالك فيمن خرص الخارص عليه من نخله أربعة أوسق فجذ منها خمسة

أوسق أنه يعمل على ماخرص عليه لا على ماوجد والصحيح أن عليه الزكاة لأنه قد انكشف خطأ الخارص فوجب الرجوع الى الحق (والقول الثانى) أن الحكم ينتقض مالم تتزوج فيكون أحق بها مالم تتزوج ان انكشف أنه حى ويكون لها منه ميراثها ان انكشف أنه مات وتعتد من يوم وفاته (والقول الثالث) أن الحكم ينتقض وان تزوجت ولم يدخل بها الزوج فترد الى الزوج الاول ان كان حيا وينفسخ النكاح ويكون لها ميراثها ان كان ميتا ثم ينظر فى النكاح فان كان قد وقع بعد موته وانقضاء عدتها منه ثبت ولم يفسخ وان كان وقع فى العدة أو قبل الوفاة فسخ وهذان القولان لمالك ومرويان عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه وقد روي عنه أيضا أن زوجها ان جاء وقد تزوجت خير في زوجته أو فى صداقها وذلك والله أعلم مالم يدخل بها الزوج كمن استحق سلعة وهي قائمة بيد المشترى انه مخير ان شاء أن يأخذ سلعته وان شاء أن يأخذ ثمنها وهو في القياس بعيد لأن السلعة له أن يبيعها فكان له أن يجيز بيعها ويأخذ الثمن والزوجة ليس له أن يزوجها فلا يجوز له أن يجيزها ويأخذ الصداق وقد ذكر مالك فى موطئه أنه أدرك الناس ينكرون الذى روي عن عمر ابن الخطاب فى ذلك ولم يختلفوا أنه ان أتى وقد دخل بها الزوج فلا سبيل له اليها وانه ان انكشف أنه مات بعد دخول الزوج بها انها لاميراث لها منه ولا يفرق بينها وبين الزوج الذي دخل بها وبالله التوفيق

﴿ فصل ﴾ واذا ردت اليه زوجته وان كان ذلك بعد ان تزوجت على القول الذي يرى فيه أنها لاتفوته الا بالدخول فهى ترجع اليه على العصمة الأولى وتكون عنده على جميع الطلاق أو على مابقي منه ان كان طلقها قبل أن يفقد لان ذلك الحكم كله ينتقض بما انكشف من أمره وعلم من حياته وأما اذا لم ترد اليه بفواتها وامضاء الحكم الظاهر اما بالانقضاء واما بالتزويج واما بالدخول على الاختلاف المذكور فى ذلك فيحسب عليه ذلك الفراق طلقة الذى ألزم اياه بالحكم فان تزوجها بعد ذلك كانت عنده على طلقتين واختلف متى تقع الطلقة عليه.فقيل انها تقع عليه بالدخول

أو بالعقد على الاختلاف في ذلك وقيل بل انها انما تقع عليه يوم أبيحت للازواج
ويكشف ذلك أو الدخول وفائدة هذا الاختلاف انه اذا كان الزوج قد طلقها قبل
أن يفقد طلقتين ثم فقد فاجلت واعتدت ثم تزوجت وقد تزوجها الاول بعد أن
دخل بها هل يحلها هذا الزوج لزوجها القادم فمن قال ان الطلقة الثالثة وقعت
عليه بدخول الزوج الثانى بها لم يران يحلها للاول الازوج ثان والى هذا ذهب ابن
حبيب ومن قال ان الطلقة الثالثة وقعت عليها يوم أبيحت للازواج وكشف ذلك
دخول هذا الزوج بها أو عقده عليها رأي أنه يحلها والى هذا ذهب أشهب ووقع قوله
فى السليمانية وهو الصواب لان الطلقة الثالثة لو وقعت عليها بدخول الزوج بها أو
بعقده عليها لوجب عليها أن تعتد من حينئذ وهذا مالا يقوله أحد واما من ذهب الى
أنها لاترد الى الزوج الاول اذا لم يقدم حتى تنقضى العدة وانلم تتزوج ويرى أن هذا
الزوج يحلها له لانها تزوجت عنده بعد وجوب الطلقة الثالثة عليه وهذا بين
وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان قدم الزوج بعد ان دخل بها الزوج الذى تزوجها وبنى بها على القول
الذي يرى أنها تفوت بالدخول فاقر الزوج أنه لم يطأ لم تحل لواحد منهما لانها قد
حرمت على الاول بما ظهر من دخولها وعلى الثانى باقراره ان الاول أحق بها وانها
واجبة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما ماله فموقوف لايورث عنه حتى يعلم موته أو يأتى عليه من الزمان
مالا يحيى الى مثله واختلف فى حد ذلك فروي عن ابن القاسم سبعون سنة وقاله مالك
واليه ذهب عبد الوهاب واحتج له بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أعمار أمتى
ما بين الستين الى السبعين اذ لا معني لقوله الا الاخبار بما يتعلق به الحكم والله أعلم
وروى عن مالك ثمانون سنة وتسعون سنة وقال أشهب مائة سنة وحكي الداودى عن
محمد بن عبد الحكم مائة وعشرون سنة وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فان
فقد وهو ابن سبعين سنة على مذهب من يرى السبعين ضرب له عشرة أعوام

وكذلك أن فقد وهو ابن ثمانين أو تسعين على مذهب من يرى ذلك أو ما دونه حد المفقود وأما ان فقد وهو ابن مائة عام على مذهب من يرى ذلك أو ما دونه حد المفقود فقيل انه يضرب له عشرة أعوام وقيل انه يتلوم له العام والعامين وأما ان فقد وهو ابن مائة وعشرين سنة فيتلوم له العام ونحوه ولا اختلاف في ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف ان فقد قبل أن يدخل بزوجته هل لها نفقة في الاربعة أعوام أم لا على قولين (أحدهما) أنه لا نفقة لها وهو قول المغيرة في كتابه قال لأني لا أدري ما عنده وما حاله في غيبته الا أن يكون قد فرض لها قبل ذلك نفقة فيكون سبيلها في النفقة سبيل المدخول بها والصواب ان لها النفقة لانه كالغائب ولم يختلف أن من غاب عن زوجته قبل دخوله بها غيبة بعيدة أن النفقة تفرض لها عليه في ما له ان سألت ذلك وانما اختلف في الغيبة القريبة وظاهر ما في سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة أن لها النفقة اذ لم يفرق فيه بين قرب الغيبة من بعدها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف اذا انقضى الاجل واعتدت هل يقضي لها بصداقها أم لا على ثلاثة أقوال قول ابن الماجشون أنه لا يقضى لها بشيء منه حتى يأتي وقت لو قدم لم يكن له اليها سبيل يريد فيقضى لها حينئذ بنصف صداقها الا أن ينكشف أنه مات قبل ذلك أو يبلغ من السنين ما لا يحيي الى مثلها فيقضي لها بجميعه وان كانت قد تزوجت قاله ابن الماجشون وقال ابن وهب لا يقضي لها ان كانت تزوجت الا بنصفه ولكلا القولين وجه من النظر والثاني أنه يقضي لها بنصفه ان بلغ من السنين ما لا يحيي الى مثلها تزوجت أو لم تتزوج على أصل ابن الماجشون أو ثبت وفاته ما بينه وبين أن تبين منه بالدخول أو التزويج على الاختلاف المعلوم قضى لها ببقيته حكى هذا القول ابن الجلاب في كتاب التفريع وحكاه سحنون أيضا في كتابه (والثالث) أنه يقضى لها بجميعه وهو قول مالك رحمه الله تعالى في سماع عيسى واختلف على هذا القول ان قدم بعد ان تزوجت ودخل بها الزوج هل ترد نصفه أم لا ففي سماع عيسى أنها لا ترد شيئا وفي

سماع سحنون أنها ترد نصفه وأما ان لم يقدم ولا علمت حياته ولا موته حتي بلغ من السنين مالا يحيي الى مثلها فلا ترد من الصداق شيئاً وان كانت قد تزوجت ودخل بها الزوج وهذا مالا اختلاف فيه أعلمه واجماعهم على هذا يقضى بصحة قول ابن الماجشون المتقدم وهذا اذا كان الصداق حالا واما ان كان مؤجلا فلا اختلاف فى ذلك كالاختلاف في قضاء مالم يحل من ديونه وبالله التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه حكم الاسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يعلم موته أو يأتى عليه من الزمان مالا يحيي الى مثله فى قول أصحابنا كلهم حاشا أشهب فانه حكم له بحكم المفقود فى المال والزوجة جميعا واختلف فيمن قلد فى البحر الى بلاد الحرب ثم فقد فقيل انه كالمفقود فى بلاد المسلمين لامكان أن تكون الريح قد ردته الى بلاد المسلمين الا أن يعلم أنه جاز فى بعض جزائر الروم ثم فقد بعد ذلك وقيل انه كالمفقود فى بلاد الحرب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما المفقود في صف المسلمين فى قتال العدو ففي ذلك أربعة أقوال أحدها رواية ابن القاسم عن مالك بسماع عيسى انه يحكم له بحكم الاسير فلا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يعلم موته ويأتى عليه من الزمان مالا يحيي الى مثله والثانى في رواية اشهب عن مالك انه يحكم له بحكم المقتول بعد ان يتلوم له سنة من يوم يرفع أمره الي السلطان ثم تعتد امرأته وتتزوج ويقسم ماله وان كان لم يتكلم في الرواية علي قسم ماله فهو المعنى فيها والله أعلم وسواء كانت المعركة فى بلاد الحرب أو فى بلاد المسلمين اذا أمكن ان يؤسر بمكان فيخفي أمره فحمله ابن القاسم فى رواية عيسى عنه على انه أسير وحمله مالك فى رواية أشهب عنه على انه قتيل وأما ان كانوا بموضع لايخفي أسره ان أسر فحكمه حكم المفقود فى حرب المسلمين فى الفتن التى تكون بينهم فيحتمل ان يحمل قول ابن القاسم على ان المعركة كانت بموضع يخفي فيه أسره ان أسر وقول مالك على انها كانت بموضع لايخفي فيه أسره ان أسر فلا تكون على هذا التأويل رواية عيسى مخالفة لرواية أشهب (والقول الثالث) انه يحكم له بحكم المفقود

في جميع الاحوال فيضرب له أجل أربعة أعوام ثم تعتد امرأته وتتزوج ولا يقسم ماله حتي يأتى عليه من الزمان مالا يحيي الى مثله حكى هذا القول ابن المواز وعابه (والقول الرابع) انه يحكم له بحكم المقتول في الزوجة فتعتد بعد التلوم وتتزوج وبحكم المفقود في ماله فلا يقسم حتي يعلم بموته أو يأتي عليه من الزمان مالا يحيي الى مثله ذهب الى هذا أحمد بن خالد وحكي انه قول الاوزاعي وتأول رواية أشهب عن مالك على ذلك وهو بعيد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما المفقود في حرب المسلمين فى الفتن التى تكون بينهم ففي ذلك قولان (أحدهما) انه يحكم له بحكم المقتول في زوجته وماله فتعتد امرأته ويقسم ماله قيل من يوم المعركة قريبة كانت أو بعيدة وهو قول سحنون وقيل بعد التلوم له على قدر مايتصرف من هرب أو انهزام فان كانت المعركة على بعد من بلاده مثل أفريقية من المدينة ضرب لامرأته أجل سنة ثم تعتد وتتزوج ويقسم ماله وقيل ان العدة داخلة فى التلوم اختلف في ذلك قول ابن القاسم والصواب ان العدة داخلة فى التلوم لانه انما تلوم له مخافة ان يكون حيا فاذا لم يوجد له خبر حمل أمره على انه قتل فى المعركة فاعتدت امرأته من ذلك اليوم وقسم ماله على ورثته يومئذ وان كانت بموضع حيث لا يظن ان له بقاء لقربه واتضاح أمره اعتدت امرأته من ذلك اليوم وقيل أن الاندلس كلها كبلدة واحدة فلا يتلوم له وتعتد امرأته من ذلك اليوم وتتزوج ان شاءت ويقسم ماله وانما يضرب له أجل سنة اذا كانت المعركة بعيدة مثل أفريقية من مصر ومصر من المدينة قاله عيسى بن دينار (والثاني) رواية أشهب عن مالك رحمه الله تعالى أنه يضرب له أجل سنة ثم تعتد امرأته وتتزوج ولا يقسم ماله حتي يأتى عليه من الزمان مالا يحيي الى مثله وهو قول الاوزاعي وتأويل أحمد بن خالد على رواية أشهب والتأويل الصحيح فيها أنه يقسم ماله بعد سنة وهو قول ثابت في المسئلة وهذا كله اذا شهدت البينة العدلة أنه شهد المعركة وأما ان كانوا انما رأوه خارجا في جملة العسكر ولم يروه في المعترك فحكمه حكم المفقود في زوجته وماله باتفاق والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

كتاب ارخاء الستور

﴿ فصل ﴾ ما جاء فى ارخاء الستور ارخاء الستور كناية عن تخلية الرجل مع امرأته وخلوته بها وان لم يكن ثم غلق باب ولا ارخاء ستر وأصل هـذا الباب قول الله عز وجل الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

﴿ فصل ﴾ فاذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها وقد سمي لهـا صداقا فليس لها الا نصفه نصف العاجل ونصف الآجل ان كان فيه آجل لا تستوجب جميعه الا بالموت أو الدخول أو ما يقوم مقام الدخول بها عند مالك رحمه الله تعـالى من طول المقام معها أو الالتذاذ بها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فى الصداق المسمى يجب للمرأة بعقد النكاح وجوبا غير مستقر ويستقر لها نصفه بالطلاق وجميعه بالموت أو الدخول هذا الذى يصح أن يعبر به عن وجوب الصداق وأما من قال ان الصداق يجب جميعه بالعقد ويسقط عنه نصفه بالطلاق قبل الدخول فلا يسـتقيم لان الحقوق اذا تقررت لاربابها لا تسقط الا بمـا يصح به اسقاطها من بيع أو هبـة أو صدقة أو ما أشبه ذلك فلو وجب للمرأة الصداق بعقد النكاح لما سقط جميعه بالفسخ والارتداد ولا نصفه بالطلاق أصله اذا وقع الطلاق أو الفسخ أو الارتداد بعـد الدخول وكذلك قول من قال ان الصداق يجب نصفه بالعقد ونصـفه الثانى بالدخول والاستمتاع لا يصح لانه لو وجب نصفه بالعقد لمـا بطل بالفسخ أو الارتداد ولو لم يجب النصف الثانى الا بالدخول أو الاستمتاع لمـا وجب اذا مات أحدهما قبـل الدخول لان الموت لا يوجب فى الذمـة حقا لم يكن واجبا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما ان كان لم يسم لها صداقا وطلقها قبل البنـاء فليس لها الا المتعة وان مات عنها لم يكن لها الا الميراث ولا صداق لها فى مذهب مالك وأصحابه رحمهم الله

تعالى اذا مات عنها قبل الدخول ولم يفرض لها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وحد المسيس الذي يوجب الصداق جميعه التقاء الختانين وهو يوجب شبعة أحكام يوجب الصداق ويوجب الغسل ويوجب الحد ويحصن الزوجين ويحل المطلقة ثلاثا للذي طلقها ويفسد الحج ويفسد الصوم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وان طلقها قبل البناء فأقرا بالمسيس وجب للمرأة صداق كامل ولزمتها العدة فان عرفت لهما خلوة أوظهر بها حمل كانت له الرجعة ويتوارثا ان مات أحدهما في العدة وان لم تعرف لهما خلوة ولا ظهر بها حمل لم يكن له رجعتها لانها قد بانت منه في ظاهر الاصل فيتهمان على التزويج بغير ولي ولا صداق ولا يتوارثان وان أنكرا المسيس ولم يدعه أحدهما لم يكن لها الا نصف الصداق ولم يجب عليها عدة الا ان ان يعلم بينهما خلوة فتجب عليها العدة ولا يكون للزوج فيها الرجعة ولا لاحدهما من صاحبه ميراث وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان اختلفا فيه ولم يعلم بينهما خلوة فادعته المرأة على زوجها وأنكر لزمته اليمين ان أثبت ما ادعته فان حلف برئ من نصف الصداق وان نكل عن اليمين حلفت هي واستوجبت جميعه ولزمتها العدة ولم يكن للزوج رجعة وان ادعاه الزوج وأنكرته هي لم يصدق عليها في العدة ولا في الرجعة وكان قد أقر لها بجميع الصداق فان شاءت أخذت جميعه وان شاءت أخذت نصفه وقال سحنون رحمه الله تعالى ليس لها ان تأخذ جميعه الا بعد تكذيب نفسها وترجع الى تصديق الزوج فان كذبت نفسها ورجعت الى تصديق الزوج لزمتها العدة وقال سحنون بخلاف لما في المدونة لابن القاسم في كتاب الرهون مثله ولا شهب في هذا الكتاب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما لها ان ترجع الى تصديقه مادام باقيا على قوله ولو انه رجع الى تصديقها قبل ان ترجع الى تصديقه لم يكن لها شئ وان رجعت الى قوله بعد رجوعه الى قولها لم يجب عليه يمين وكذلك لا يمين عليها ان رجع الى قولها بعد رجوعها الى

قوله وتأخذ جميع الصداق منه دون يمين وتحصيل هذا ان من سبق منهما للرجوع الى قول صاحبه صدق ان كانت هي التي سبقت بالرجوع الى قوله ووجب لها الصداق دون يمين أقام على قوله أو نزع عنه وان كان هو الذي سبق بالرجوع الى قولها سقط عنه نصف الصداق ولم يجب عليه يمين أقامت على قولها أو نزعت عنه وقد قيل ان لها أن تأخذ ما أقر لها به وان كانت مقيمة على الانكار وهذا القول أحد قولى مالك رحمه الله تعالى في نوازله من كتاب الاستحاق وقيل انه لا يحكم لها بأخذ ما أقر لها به وان رجعت الى قوله وصدقته الا أن يشاء أن يدفع ذلك اليها قاله ابن القاسم في سماع عيسي من كتاب النكاح وقاله أيضا في سماع عيسى من كتاب الدعوى في الورثة ولا فرق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما اذا اختلفا في المسيس ولم يبن بها الا أنه قد دخل بها أو أرخيت الستور عليهما فاختلف قول مالك رحمه الله تعالي في ذلك فمرة قال القول قولها في المسيس حيث ما أخذ الزوجين الغلق كان ذلك في بيتها أو بيته على ظاهر قول عمر ابن الخطاب رضى الله تعالى عنه اذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق وبذلك قال مطرف وابن الماجشون وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ ومرة قال ان كان دخوله عليها وخلوته بها في بيته صدقت عليه وان كان في بيتها صدق عليها على قول سعيد ابن المسيب رحمه الله تعالى وبذلك قال ابن القاسم وفي المسئلة قول ثالث لعيسى بن دينار ان القول قول الزوج اذا أنكر المسيس حيث ما أخذ الزوجين الغلق كان ذلك في بيته أو في بيتها لا تصدق المرأة في دعواها عليه مالم يكن دخوله عليها وخلوه بها دخول اهتداء وهو البناء وقول رابع لمالك رحمه الله تعالى من رواية ابن وهب عنه انها ان كانت ثيبا فالقول قولها وان كانت بكراً نظر اليها النساء فان رأين بها أثر افتضاض صدقت عليه وان لم يرين بها شيئاً من ذلك لم يكن لها الا نصف صداق حكي هذه الرواية عن مالك عبد الوهاب وبالله التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما ان دخل بها دخول اهتداء وهو البناء فلم يختلف قول مالك ولا أحد

من أصحابه ان القول قول المرأة فى دعوى المسيس اذا انكر الزوج ولا توجب الخلوة وان كانت خلوة بناء على مذهب مالك وجميع أصحابه الصداق الامع دعوى المسيس وانما هي شبهة توجب ان يكون القول قولها كالرهن واليد ومعرفة العفاص والوكاء وشبه ذلك وعلى ذلك حمل ابن حبيب قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه اذا ارخيت الستور فقد وجب الصداق وظاهره خلاف ذلك ان ارخاء الستور يوجب الصداق وان لم يكن ثم مسيس وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ان الخلوة الصحيحة توجب المهر كله وطئ أو لم يطأ ادعته المرأة أو لم تدعه اذا لم يكن ثم مانع يمنع من الوطء حيض أواحرام أوصوم أو ما أشبه ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واذا وجب ان يكون القول قول المرأة فى دعوى المسيس قيل تحلف أو تصدق دون يمين اختلف فى ذلك ففى كتاب ابن المواز ان القول قولها مع يمينها وكذلك في كتاب ابن الجهم وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الحدود فى الذى يغيب على المرأة غصبا ويثبت ذلك عليه فتدعى المسيس وذهب بعض المتأخرين الى انه لا يمين عليها قياساً على رواية أشهب عن مالك فى كتاب الغصب في الامة الفارهة تتعلق برجل وهى تدمى تدعى انه غصبها نفسها ان القول قولها دون يمين وذلك بعيد لانه انما جعل القول قولها دون يمين لما بلغته من فضيحة نفسها مع كونها تدمى ووجه ذلك انه أقام الشبهتين مقام شاهدين فاسقط عنها اليمين اذلو انفردت واحدة منهما كانت كالشاهد يوجب لها اليمين والصحيح ماحكى ابن حبيب فى الواضحة ان عليها اليمين فالزوجة أحرى ان يجب عليها اليمين اذ لاعار عليها في دعوي المسيس على زوجها سواء كانت المرأة بكرا أو ثيبا يتيمة أو ذات أب حرة أو مملوكة مسلمة أو نصرانية كبيرة أو صغيرة اذا كانت قد بلغت مبلغا يوطأ مثلها لا يوجب لها الصداق الا بدعواها فى دعواها المسيس فان أقرت أنه لم يمسها جاز عليها قولها ولم يكن لها الا نصف الصداق الا ان يقر الزوج بالمصاب وتنكره هي وهي أمة أو مولى عليها فان مطرفا وسحنون قالا لا يقبل قولها فى طرح نصف الصداق وللولى أو السيد أن يأخذ ذلك

منه باقراره به و بالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان كانت صغيرة لم تبلغ المحيض على شهادة الشاهد الواحد الصغير الذى لم يبلغ على الصحيح من الاقوال انها لا تستحق الصداق دون يمين فان ادعت المسيس حلف الزوج وادى نصف صداق الى أن تبلغ فاذا بلغت حلفت وأخذت النصف الثاني فان نكلت عن اليمين لم يحلف الزوج ثانية وان نكل الزوج أولا عن اليمين أدى جميع الصداق ولم يكن له أن يحلفها اذا بلغت حكم الصغير يقوم له بحقه شاهد وقد قيل إنه لا يمين عليها اذا كانت صغيرة بخلاف الكبيرة وهو بعيد اذ لا فرق بين الكبيرة والصغيرة الا فيما ذكرناه من أن الصغيرة تؤخذ باليمين حين تبلغ وبالله التوفيق .

﴿ فصل ﴾ وايجاب اليمين عليها أظهر لما قدمناه من الخلوة دليل على صدقها كالشاهد واليد ومعرفة العفاص والوكاء وليس كالبينة التامـة ومن صـدقها في دعواها المسيس جعل الخلوة كالبينة التامة وهو قول أحمد بن المعدل فيما حكى عنه عبد الحق في كتابه الكبير وهو قول بعيـد ماله عندي وجـه الامراعاة قول من قال يوجب لها جميع الصداق بالخلوة وان تقاررا على عدم المسيس وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والعدة تجب على الزوجة بأحد وجهين اما بخلوة تعرف واما باقرارهما على أنفسهما بالمسيس وان لم تعرف له خلوة بها ويجب للزوج الرجعة باحـد وجهين اما بتقاررهما على الوطء مع خـلوة تعرف أو بادعاء الوطء اذا أنكرت في كل موضع تصدق فيه المرأة عليه فى دعوي الوطء اذا أنكر وهذا أصل حيث ما كان القول قول المرأة في دعوى الوطء كان القول قول الزوج في الرجعة وفى دعواه دفع الصداق اليها فهذا تلخيص هذا الباب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فى الرجعة الاصل فى الرجعة قول الله عز وجل لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً أى يحـدث فى النفوس الندم على الفرقة وارادة الرجعـة فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهـن بمعروف وبلوغ الاجـل هاهنا المقاربة لا البلوغ على الحقيقة وكذلك قوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن

بمعروف أو سرحوهن بمعروف بخلاف قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله وبخلاف قوله واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف نهى الاولياء اذا انقضت العدة وأرادت الرجوع الى زوجها لا يعضلوها عن الرجوع اليه لان بلوغ الاجل هو انقضاء العدة واذا انقضت العدة لم يكن للزوج رجعة باجماع فسمي المقاربة بلوغا على عادة العرب فى تسمية الشيء باسم ما قرب منه قال الله عز وجل فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم أى اذا أردت أن تقرأ القرآن وقال صلى الله عليه وسلم ان بلالا ينادى بليل فكلوا واشربوا حتى ينادى ابن أم مكتوم وكان ابن أم مكتوم رجلا أعمى لا ينادي حتى يقال له أصبحت أصبحت أي قاربت الصباح وفي الحديث صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح على أثر سماء كانت من الليل فسمي المطر سماء لما كان نزوله من السماء وهذا كثير فى لسان العرب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فالرجعة يملكها الزوج فى كل طلاق نقص عدده من الثلاث ما لم يكن معه فداء أو ما لم يكن على وجه المباراة أو الفدية وان لم يكن معه فداء على مذهب ابن القاسم اذا كانت الزوجة مدخولا بها ما دامت في عدتها والعدة ثلاثة أقراء والاقراء الاطهار على مذهب مالك وأهل المدينة فاذا رأت المرأة أول قطرة من دم الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها وبانت من زوجها وحلت للازواج قال أشهب الا أنه استحب أن لا تعجل حتى تعلم أنها حيضة مستقيمة تمادي بها فيها لانها ربما رأت المرأة الدم الساعة والساعتين واليوم ثم ينقطع فيجب عليها الرجوع الى بيتها ويكون لزوجها عليها الرجعة ومثل ذلك فى سماعه عن مالك من كتاب طلاق السنة وكان يعن لنا عند من اختلفنا اليه من الشيوخ أن قول أشهب تفسير لقول ابن القاسم والصحيح أنه خلاف له لأن أقل الحيض لا حد له عند ابن القاسم وقد يكون يوما وساعة ولمعة اذا كان قبله طهر فاصل فاذا رأت المرأة أول قطرة من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها وحلت للازواج ولم يكن للزوج عليها رجعة ولا معنى لاستحباب تربصها على مذهبه حتى يتمادى بها الدم.

أياما اذ لو انقطع بعد ساعة أو ساعتين لما كان للزوج عليها الرجعة ولا وجب عليها الرجوع الى بيتها اذ لا يخلو اذا انقطع ثم عاد أن يعود على قرب أو بعد فان عاد على قرب قبل أن يمضي من الايام ما يكون طهراً فاصلا كان مضافا الى الدم الاول وما بينهما من الايام ملغى وعلم أن الدم الاول هو أول الحيضة الثالثة وان العدة قد انقضت به وان عاد على بعد بعد أن يمضى من الايام ما يكون طهراً فاصلا كان هذا الدم حيضة رابعة وعلم أن هذا الدم الاول هي الحيضة وان العدة قد انقضت بها وانما يلزم التربص عن النكاح. على مذهب من يوقت لأقل الحيض وقتا ولا يرى مادون ذلك حيضة تعتد به المرأة باقرائها كابن الماجشون الذي يقول ان أقل الحيض خمسة أيام ومحمد بن مسلمة الذي يقول أقل الحيض ثلاثة أيام فلا بد على مذهب ابن الماجشون اذا رأت قطرة من الحيض ان تتربص عن النكاح حتي تمكث في الدم خمسة أيام وعلى مذهب محمد ابن مسلمة ثلاثة أيام لاحتمال ان ينقطع عنها الدم قبل بلوغ الحد فلا يعود اليها بعد موته ويكون طهرا فاصلا فيكون هذا الدم الذي عاد هو أول الحيضة الثالثة والدم الاول دم علة وفساد وعلي مذهبهما تقضي الصلاة التي تركت فيها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما كانت له الرجعة مالم تنقض العدة لان العصمة بين الزوجين لا تنقطع بما دون الثلاث اذا لم يكن معه فداء مالم تنقض العدة الا تري ان أسباب الزوجية كلها قائمة بينهما من النفقة والسكنى والموارثة ماعدا الوطء وارتفاع الوطء هو الثلم الذي حصل فى النكاح بايقاع الطلاق فاذا هو راجعها صلح ذلك الثلم برجعته وعادت الى ماكانت عليه من عصمته وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والرجعة تكون بالنية مع القول أوما يقوم مقام القول فيما لا يصح فعله الا بعد المراجعة مثل الوطء والقبلة والمباشرة باللذة وماأشبه ذلك قاله في كتاب ابن المواز وهو بيان لما في المدونة خلافا للشافعى في قوله ان الرجعة لا تكون الا بالقول وأما الدخول عليها والنظر اليها والاكل معها فيجرى على اختلاف قول مالك في جواز

ذلك له قبل المراجعة فيكون فعل ذلك رجعة اذا نوى بها الرجعة على القول الذى منع منه ولا يكون رجعة على القول الذي أجازه وأجاز غسلها ان ماتت قبل المراجعة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصـل ﴾ فاذا انفردت النية في ذلك دون القول أو ما يقوم مقامـه فى الوطء وما ضارعه لم تكن رجعة قاله فى كتاب ابن المواز والصحيح ان الرجعة تصح بمجرد النية لان اللفظ انما هو عبارة عما فى النفس فاذا نوى في نفسه أنه قد راجعها واعتقد ذلك في ضميره فقد صحت رجعته فيما بينه وبين الله تعالى فان أظهر لنا بلفظه ماقد أضمر من ذلك فى قلبـه حكمنا عليـه به ويجرى هـذا على الاختلاف فى لزوم الطلاق بمجرد النيـة دون اللفظ ولو انفرد اللفظ دون النيـة ماصحت له فيما بينـه وبين الله تعالى وان حكمنا عليـه بها بمـا ظهر من قوله ولم نصدقه فيما ادعاه من عدم النية الا على مذهب من رأي ان الطلاق لايلزم المستفتي بمجرد القول دون النيـة وهو قائم من المدونة الا انه بعيد في المعني وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف هـل يجوز له الوطء اذا الزم الرجعة على القول الذى يري انها تصح لها فيما بينـه وبين الله وكذلك اختلف أيضا في جواز الوطء لمن طلق فى الحيض فابى من الارتجاع فحكم عليه بالرجعة والزم اياها وقد ذكرت ذلك فى موضعه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما الوطء دون النية فلا يكون رجعة فى الباطن ولا فى الحكم الظاهر وقال الليث بن سعد الوطء رجعة وان لم ينو به الرجعة يريد والله أعلم فى الحكم الظاهر ولا يصـدق انه لم يرد بذلك الرجعة وهو الا ظهر قياسا على مبتاع الامة بالخيار ان وطئها فى أيام الخيار خيار وان زعم أنه لم يختر لم يصدق لانه مخير فى ارتجاع زوجته في العدة كما هو مخير فى ابتياع الجارية التى ابتاعها بالخيار وقـد يفرق بينهما بان المبتاع لو حبس الجارية حتى مضت أيام الخيار وتباعدت عداً وبذلك مختار الزوج لو تمادى على امساكها حتي انقضت عدتها البانت منه بخلاف انقضاء أيام الخيار فدل ان وطأه أضعف

من وطء المختار وهو تفريق لا يسلم من الاعتراض وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان ادعي بعد العدة انه راجعها في العدة بقول أو نية لم يصدق في ذلك الا أن يعلم أنه كان يخلو بها في العدة أو يبيت معها فيصدق أن خلوته بها ومبيته معها انما كان لمراجعته اياها وكذلك اذا وطئها في العدة وقال انه أراد بوطئها الرجعة فيصدق في ذلك وهذا هو معنى قولهم إن الوطء رجعة اذا أراد به الرجعة أي إنه يصدق في ارادة الرجعة بما ظهر من الوطء وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل ﴾ فمن وطئ ولم يرد بوطئه الرجعة فقد وطئ وطئاً حراما خلافا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى لانها جارة الى البينونة أصلها الكتابية اذا أسلمت بعد الدخول فان أراد مراجعتها فيما بقي من العدة راجعها بالقول والاشهاد دون الوطء اذ لا يصح وطئها الا بعد الاستبراء من الماء الفاسد فان لم يراجعها حتى انقضت عدتها بانت منه ولم يحل له ولا لغيره نكاحها حتى ينقضي استبراؤها من ذلك الماء الفاسد بثلاث حيض وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف ان تزوجها هو ودخل بها قبل تمام الاستبراء هل يكون ناكحاً في عدة وتحرم عليه أبداً أم لا على قولين فمن عال التحريم بتعجيل النكاح قبل بلوغ أجله خاصة من غير أن يضم الى ذلك اختلاط الانساب أوجب التحريم لوجود العلة ومن عال التحريم بتعجيل النكاح قبل أوانه في موضع تختلط فيه الانساب لم يوجب التحريم لان الماء ماؤه فليس فيه اختلاط الانساب وعلى هذا المعنى اختلفوا فيمن طلق امرأته ثلاثا فتزوجها قبل زوج في عدتها وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف في الاشهاد على الرجعة هل هو واجب أو مستحب فذهب عبد الوهاب الى أنه مستحب قياسا على الاشهاد في البيع وذهب ابن بكير وغيره الى أنه واجب لقول الله عز وجل وأشهدوا ذوي عدل منكم والامر على الوجوب حتى يقترن به ما يدل على أنه ليس على الوجوب ولم يقترن به ما يدل على ذلك كما اقترن في الامر بالاشهاد على البيع وذلك قوله فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي ائتمن

أمانته وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ وانما يجب الاشهاد عند من أوجبه أو يستحب عند من لم يوجبه لتحصين الفروج وما يتعلق بالرجعة من أحكام النكاح كالموارثة ولحوق النسب وغير ذلك وليس مشترطا في صحة الرجعة عند من أوجبه وانما هو فرض على حياله يأثم تاركه بتركه والصحيح ان شاء الله أنه مندوب اليه وليس بواجب اذ لو وجب لافتقرت الرجعة اليه ولما صحت دونه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ فى المتعة المتعة انما أمر المطلق بها تطييبا لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسلية لها على الفراق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ والمطلقات فى المتاع ينقسمن على ثلاثة أقسام مطلقة قبل الدخول وقبل التسمية ومطلقة قبل الدخول وبعد التسمية ومطلقة بعد الدخول وقبل التسمية أو بعد التسمية فأما المطلقة قبل الدخول وقبل التسمية فان الله تبارك وتعالى قد نص فى كتابه على امتاعها فقال لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة معناه ولم تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين فقوله تعالى ومتعوهن أمر بالمتاع والامر على الوجوب مالم يقترن به قرينة تصرفه عن الوجوب الى الندب وقد اقترن بهذا الامر قرائن تدل على ان المراد به الندب من ذلك تخصيصه بها المحسنين من غير المحسنين بقوله تعالى حقا على المحسنين ولا يعلم المحسنين من غير المحسنين غير الله تعالى لان الاحسان فيما بين العبد وخالقه فلما علق تعالى المتعة بصفة لا يعلمها غيره دل على أن الله لم يوجب الحكم بها على الحكام اذ لم يجعل لهم طريقا الى تمييز المأمور بها من غيره وقيل للمطلق متع ان كنت من المحسنين فكان حقا عليه أن يمتع ولا يخرج نفسه من جملة المحسنين وأيضا فانها غير مقدرة ولا معلومة والفرائض لا بد ان تكون مقدرة معلومة وأيضاً فان الله تبارك وتعالى لما خص المطلق قبل الدخول وقبل التسمية برفع الحرج عنه دون غيره ممن

طلاق بعد الدخول أو قبل الدخول وبعد التسمية بقوله لاجناح عليكم إن طلقتم النساء
مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة دل ذلك على أنه انما خصها بالذكر من أجل انها
تطلق ولا يجب لها بالطلاق شيء فسبب من تحرج عن الطلاق فى هذه الحال هذا
الوجه والله أعلم فلو وجب لها المتاع اذا طلقت فى هذه الحال كما يجب للمطلقة قبل
الدخول وبعد التسمية نصف الصداق وكما يجب للمطلقة بعد الدخول جميعه لما تحرج
أحد عن طلاقها فى هذه الحال كما لم يتحرج عن طلاقها في سائر الاحوال ولما كان
لتخصيصها برفع الحرج عن المطلق لها فى هذه الحال دون غيرها من الاحوال معنى والله
اعلم فان قيل يحتمل ان يكون تحرج من طلاقها فى هذه الحال من لا يعلم وجوب
المتعة لها قيل له لو كان الامر على ذلك لكانت التلاوة ولاجناح عليكم ان طلقتم النساء
مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ولهن المتاع كما قال فى الآية التى بعدها وان
طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم ومن
أهل العلم من أوجب المتاع لها وقال الآية عامة فى أولها وآخرها لان كل مؤمن محسن
فكانه قال متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين المطلقين لان الايمان الاحسان قال الله عز
وجل ومن أحسن قولا ممن دعا الى الله وعمل صالحا وقال اننى من المسلمين وهذا بعيد
لان الاحسان التفضل وفعل المعروف فلاينطلق اسم الاحسان على كل مؤمن لأن منهم
المسيء في أفعاله وان كان محسنا فى ايمانه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى
الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية فان الله تبارك وتعالى ذكرها
عقب المطلقة قبل الدخول وقبل التسمية فأوجب لها نصف الفريضة ولم يأمر لها
بالمتاع فدل على أنه لم يجعل لها متاعاً واجبا ولا مندوبا اليه وهو مذهب مالك وجميع
أصحابه رضوان الله عليهم أجمعين ومن أهل العلم من أوجب لها المتاع بعموم قول الله
عزوجل يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن
فما لكم عليهنّ من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا اذ لم يفرق بين

أن يكون سمي لها صداقا أو لم يسم ولعموم قوله عز وجل وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين وقال هي من المطلقات فلها المتاع مع نصف الصداق كما للمدخول بها المتاع مع جميع الصداق ولو لم يكن لها المتاع من أجل أن لها نصف الصداق لوجب أن لا يكون للمدخول بها متاع من أجل أن لها جميع الصداق لان نصف الصداق للتي لم يدخل بها كجميعه للتي دخل بها وهذا غير صحيح لأن المدخول بها قد وجب لها الصداق بالوطء وجوبا مستقراً لا يسقطه فسخ ولا ارتداد والتي لم يدخل بها لم يجب لها بالعقد شيء من الصداق وجوبا مستقراً ولو وجب لها نصفه وجوبا مستقراً لما سقط بالفسخ أو الارتداد فلما أوجبه الله تعالى لها ولم يكن واجبا قبل ولم يأمر لها بالمتاع دل على أن لا شيء لها سواه وهذا بين والحمد لله ومن أهل العلم من استحسن للزوج المتاع في هذه الآية ولم يوجبه لها للاحتمال فهذه ثلاثة أقوال وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما المطلقة بعد الدخول وقد سمى لها الصداق أو لم يسم لها فلأهل العلم فيها قولان (أحدهما) أن المتعة لها واجبة على الزوج يؤخذ بها ويجبر عليها لقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين وقال كل مؤمن متق ولا تخصيص في الآية (والثاني) أنه يؤمر بها ويندب اليها ولا يجبر عليها فيقال له متع ان كنت من المتقين على ما بيناه من قبل في قوله ان كنت من المحسنين وهو قول مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ وقد اختلف في متعة هذه وفي التي طلقت قبل الدخول ولم يسم لها صداق أيهما أوجب على أربعة أقوال (أحدها) انهما سواء في اسقاط الوجوب وهذا مذهب مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه (والثاني) انهما سواء في ثبوت الوجوب لهما ووجوب الحكم بهما (والثالث) أن المتعة للمدخول بها أوجب من التي لم يدخل بها لان الله أوجب لها المتاع بغير لفظ الامر المحتمل للوجوب والندب فقال وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين واستدل أيضاً من ذهب الى هذا بقول الله عز وجل.

يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتنّ تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكنّ وأسرحكنّ سراحا جميلا فنص على إمتاعهن وهن مدخول بهن (والرابع) أن المتعة للتي لم يدخل بها ولم يسم لها أوجب لان الله تعالي نص على المتعة لها بالامر فيها ولم ينص على المتعة للمدخول بها الا فى تخيير النبي صلى الله عليه وسلم أزواجه وذلك حكم خص النبي به دون المؤمنين بدليل اجماعهم على أنه لايجب على أحد أن يخير زوجته وانما جعل الله لها المتعة بظاهر عموم اللفظ فى قوله وللمطلقات وليس ماوجب بالظاهر والعموم. كما نص عليه بالامر الذي يقتضى الوجوب ولكل قول منها حظ من النظر وأبينها وأوضحها ماذهب اليه مالك وجميع أصحابه رضوان الله عليهم أجمعين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا قلنا إن المتعة تسلية للمرأة على فراق زوجها فلا متعة فى كل فراق تختاره المرأة من غير سبب يكون للزوج فى ذلك كامرأة العنين والمجذوم والمجنون تختار فراق زوجها وكالامة تعتق تحت العبد فتختار نفسها ولا فى كل نكاح مفسوخ قاله ابن القاسم وقال ابن المواز اذا فسخ بغير طلاق وظاهر قول ابن القاسم أنه لا متعة فيه فسخ قبل الطلاق بطلاق أو بغير طلاق أو طلق هو قبل الفسخ وقد اختلف في المملكة والمخيرة فقال ابن خواز منداذ لا متعة لها لانها مختارة للطلاق ومعلوم ان من اختارت فراق زوجها فلم تشفق لذلك ولا حزنت له فلا يحتاج الزوج الى تسليتها وتطييب نفسها وروى ابن وهب عن مالك أن لها المتعة ووجه ذلك أن الطلاق فيهما انما هو من الزوج الذي جعل ذلك اليها ولعلها تحتشم من اختياره وهو قد عرضها للفراق فتختار نفسها وهى كارهة لذلك مريدة للبقاء مع زوجها وأما المختلعة والمبارئة والمصالحة فلا متعة لهنّ باتفاق لانهن هن رغبن فى فراق أزواجهن واشترينه بما بذلن اليه فلا يحتاج الى تسليتهنّ وكذلك الملاعنة لا متعة لها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والمتعة سواء في الطلاق البائن والرجعي ان لم يرتجع حتى تبين منه بانقضاء العدة فلا يجب عليه المتاع حتى تنقضي العدة وقد اختلف ان لم يمتع

حتى ماتت المرأة هل يجب عليه المتاع لورثتها على قولين (أحدهما) أنه يجب ذلك عليه لورثتها لانه حق لها يورث عنها وهو مذهب ابن القاسم (والثانى) أنه لايجب لها الامادامت باقية فان ماتت لم يجب لورثتها لان المراد بذلك عينها تسلية لها عن الفراق واما ان مات الزوج قبل أن يمتع فالمتاع ساقط عنه ولا يؤخذ ذلك لها من ماله لانه ليس بدين ثابت عليه وللعبد أن يمتع امرأته وليس للسيد ان يمنعه من ذلك لانه من حقوق النكاح الذى أذن له فيه ولا حد للمتعة وانما هي على قدر حال الزوجين وقد قال ابن عمر أعلاها رقبة وأدناها كسوة أو نفقة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فى الخلع أباح الله تبارك وتعالى لعباده المؤمنين النكاح فقال فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع وقال وانكحوا الايامي منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وأمر عز وجل بحسن العشرة فيه فقال وعاشروهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة وملك الازوج أمر الزوجات بما جعل اليهم من الطلاق ونهاهم ان يعتدوا فيما جعل اليهم من ذلك فقال ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وقال فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فان أحب الرجل المرأة أمسكها وان كرهها فارقها ولايحل له اذا كرهها أن يمسكها ويضيق عليها حتى تفتدي منه وان أتت بفاحشة من زنا أو نشوز أو بذاء لقول الله عز وجل وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضي بعضكم الى بعض وأخذنا منكم ميثاقا غليظا هذا مذهب مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه لا اختلاف بينهم فيه ومن أهل العلم من أباح للرجل اذا اطلع على زوجته بزنا أن يمسكها ويضيق عليها حتي تفتدى منه لقول الله عز وجل ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وتأول أن الفاحشة المبينة هو الزنا هاهنا وجعل الاستثناء متصلا ومنهم من تأول ان الفاحشة المبينة البغض والنشوز والبذاء باللسان فاباح للزوج اذا أبغضته زوجته ونشزت عليه وبذأت بلسانها عليه أن يمسكها ويضيق عليها حتى تفتدي منه ومنهم من حمل الفاحشة على

العموم فأباح ذلك للزوج كانت الفاحشة التى أتت بها زنا أو نشوزاً أو بذاء باللسان أو ما كانت والصحيح ما ذهب اليه مالك رحمه الله لانه اذا ضيق عليها حتى تفتدى منه فقد أخذ مالها بغير طيب نفس منها ولم يبح الله ذلك الا عن طيب نفسها فقال فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً والآية التى احتجوا بها لا حجة لهم فيها لان الفاحشة المبينة من جهة النطق أن تبذأ عليه وتشتم عرضه وتخالف أمره لان كل فاحشة أتت فى القرآن منعوتة بمبينة فهي من جهة النطق وكل فاحشة أتت فيه مطلقة فهى الزنا والاستثناء المذكور فيها منفصل فمعنى الآية لكن ان نشزن عليكم وخالفن أمركم حل لكم ما ذهبتم به من أموالهنّ معناه اذا كان ذلك عن طيب أنفسهن ولا يكون ذلك عن طيب أنفسهن الا اذا لم يكن منهم اليهن ضرر ولا تضييق فعلى هذا التأويل تتفق آي القرآن ولا تتعارض وقد قيل فى تأويل الآية غير هذا وهذا أحسن وذهب اسماعيل القاضي الى أن الخلعة تجوز ويسوغ للزوج ما أخذ منها على الطلاق اذا كان النشوز والكراهة منها واذا خافا أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وليس قوله بخلاف لما حكيناه عن مالك وأصحابه رحمهم الله تعالى من أن الخلع لا يجوز للزوج وان كرهته المرأة ونشزت عليه وأضرت به اذا فارقها على بعض ذلك لانه انما حمل المخافة على بابها فأباح الفدية قبل وقوع ما خافاه مخافة أن يقع ما اذا كره كل واحد منهما صاحبه فخاف هو ان أمسكها أن لا يقيم حدود الله فيها من أجل كراهته اياها وخافت هى أن لا تقوم بما يلزمها من حقه لمخالفته مخافة الاثم والحرج فقد أعطته مالها على الطلاق طيبة بها نفسها اذ لم يضطرها الي ذلك باضطرار كان منه اليها وأما ابن بكير فانما حمل الخوف المذكور فى الآية على العلم الا أنه ذهب الى ان الخطاب فيها انما هو للولاة كآية التحكيم سواء فقال تقدير الكلام فان خفتم يا ولاة أن لا يقيم الزوجان حدود الله فيما بينهما فلا جناح عليكم فيما أخذتم من مالها وفرقتم بينهما فالاختلاف بينه وبين ابن بكير انما هو فى تأويل الآية لان فى الموضع الذي يجوز فيه الخلع من الذي لا يجوز فيه لا اختلاف

في المذهب ان الزوج لايجوز له أن يأخذ من زوجته شيئاً على طلاقها اذا النشوز من قبلها ولم يكن منه في ذلك ضرر اليها اذ ليس له أن يعارضها على نشوزها عليه بالاضرار لها والتضييق عليها حتي تفتدي منه لقول الله عز وجل ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن وانما له أن يعظها فان اتعظت والا هجرها في المضاجع فان اتعظت والا ضربها ضربا غير مبرح فان أطاعته فلا يبغى عليها سبيلا لقول الله عز وجل واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا فان بذلت له شيئاً على الفداء حل له أن يقبله اذا لم يتعد أمر الله فيها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واذا كان النشوز من قبله ولم ترض ذلك من فعله فالواجب عليه أن يفارقها الا أن يصطلحا علي الرضا بالاثرة والبقاء معه عليها أو بعطية على أن لا يطلقها وتبقى معه على الاثرة أو على ترك الاثرة وذلك الصلح الذى قال الله عزوجل وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضا فلاجناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الانفس الشح وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وأما اذا كان النشوز من قبلهما جميعا وأضر كل واحد منهما بصاحبه فلايجوز للزوج أن يأخذ منها شيئاً على الطلاق على مابيناه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فان تداعيا في ذلك وتفاقم الامر بينهما وارتفعا الى الحاكم حكم بينهما حكمين حكما من أهله وحكما من أهلها قال الله عزوجل في كتابه حيث يقول وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها الآية معناه عند أهل العلم علمتم ذلك وخفتم تزايده فان تبين لهما أن الضرر من قبل الزوج فرق بينهما بغير غرم تغرمه المرأة ويكون لها نصف صداقها ان كان ذلك قبل الدخول وجميعه ان كان بعد الدخول لان حكم نصف الصداق قبل الدخول كجميعه بعد الدخول وأن تبين لهما ان الضرر من قبل المرأة اقراها تحته وائتمناه على غيبها واذنا له في تأديبها كما أمره الله تعالى

وان تبين لهما ان كل واحد منهما مضر بصاحبه فرق بينهما بغرم بعض الصداق نصفه ان كان اضرار كل واحد منهما بصاحبه متكافئاً وأكثر من النصف ان كان الاضرار منها أكثر وأقل من النصف ان كان الاضرار منها أقل هذا قول ربيعة فى المدونة ومثله فى كتاب ابن المواز وهو مذهب مالك رحمه الله تعالى وأصحابه وقال ابن أبي زيد إنه أن تبين لهما أن الضرر والنشوز من قبل المرأة جاز للزوج ما أخذا له منها على الفراق وان كان ذلك أكثر مما اصدقهاقاله ابن الماجشون في المبسوط ظاهره أحبت أو كرهت اذا أحب هو الفراق ومعنى ذلك عندى على مافى المدونة ان طاعت به وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان قال قائل اذا كان الزوج لايجوز له أن يأخذ من زوجته شيئاً على فراقه اياها اذا أضر كل واحد منهما بصاحبه فكيف يجوز له أن يأخذ ماحكم به الحكمان من صداقها اذا تبين لهما ان كل واحد منهما مضر بصاحبه وقد نص الله تبارك وتعالى في كتابه على ان حكم الحاكم لا يحل مال أحد لاحد فقال ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون وسأل عن الفرق بين الموضعين فالجواب عن ذلك أن الزوج في الخلع قد اختار الطلاق وأجبر الزوجة على أخذمالها بما كان من ضرره اليها وذلك مالا يجوز له لقول الله عز وجل ولاتعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن وفى حكم الحكمين لم يختر الطلاق بل أجبره عليه الحكمان كما اجبرا الزوجة على اعطاء المال وساغ له أخذه عوضاً عن اخراج الزوجية عن ملكه حكما من الله عز وجل وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وحكم الحكمين بين الزوجين لا اعذار فيه الى أحدهما لانهما لا يحكمان بالشهادة القاطعة وانما يحكمان بما خلص اليهما من علم أحوالهما بعد النظر والكشف وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ والخلع معاوضة عن البضع تملك به المرأة نفسها ويملك الزوج به العوض

عليها ملكا تاما لا يفتقر الى حيازة لانه خرج على عوض بخلاف الهبة والصدقة وما أشبه ذلك مما خرج على غير عوض هذا هو المشهور في المذهب وقد وقع في كتاب محمد بن المواز ما يدل على خلافه وذلك انه قال اذا كان على الزوج دين فأحال به على الزوجة فيما خالعها به فمات قبل ان يقبض المحال دينه ان له ان يرجع على الزوج بدينه فلم يحكم له بحكم الديون الثابتة في الذمة اذ جعل له الرجوع على الزوج ولم يجعلها حوالة ثابتة كالحوالة على الديون الا ان العوض الذي تأخذه المرأة به ليس بمال وانما هو راحة في نفسها لتخليصها من ملك الزوج فلا يحكم له الا مع سلامة الحال فان كان في ذلك حق لآخرين نظر في ذلك بحسب قوته وضعفه فمنه ما يقدم على الخلع كحق السيد في مال امته المأذون لها في التجارة وفي مال المكاتبة لا اختلاف في المذهب ان الامة المأذون لها في التجارة أو المكاتبة اذا اختلعت من زوجها ان خلعها لا يجوز الا باذن السيد لقوة حقها واختلف في المديانة اذا اختلعت هل يجوز خلعها دون اذن الغرماء أم لا على قولين (أحدهما) أن ذلك لا يجوز لأنها أعطته مالها فيما لا حظ لهم فيه بخلاف النكاح (والثاني) أن ذلك جائز كالنكاح وجه القول الاول في الفرق بين الخلع والنكاح لان النكاح مما تمس الحاجة اليه كالطعام والشراب فقد دخل الغرماء معه على ذلك والخلع ليس مما تمس الحاجة اليه وانما يقع نادرا لعارض يعرض فتريد المرأة أن تخلص نفسها من الزوج بسببه فلم يدخل الغرماء معه على ذلك كما لو جنت جناية فيها قصاص فصالحت على نفسها بمال أعطته وعليها دين فقد قال في كتاب الصلح من المدونة ليس لمن أحاط الدين بماله اذا جنى جناية فيها القصاص أن يصالح فيسقط القصاص عن نفسه بأموال غرمائه وقد قيل ان معنى قوله ليس له ذلك ابتداء فاذا وقع نفذ ومضى فعلى هذا التأويل اذا خالعت المديانة نفذ فعلها ومضى الا أنه تأويل بعيد والصواب أنه لا يجوز الا أن يجيزه الغرماء وانما وقع في هذا التأويل من تأوله لان ظاهره معارض لما وقع في كتاب الرهون لان المرتهن أحق بما ارتهن في جناية العمد والخطأ من الغرماء ومعنى ماوقع فيه من ذلك أن العمد الذي لا قصاص

فيه والخطأ الذى لاتحتمله العاقلة فاذا حمل على هذا صحت المسائل وسلمت من التعارض ولم يحتج الى ذلك التأويل البعيد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والفرق بين العمد الذي فيه القصاص والعمد الذي لا قصاص فيه هو أن العمد الذى لا قصاص فيه دين أوجبه الحق عليه لم يدخله هو على نفسه باختياره فكان للمجروح مخاصمة الغرماء كسائر الديون والعمد الذى فيه القصاص ليس بمال وانما للمجروح القصاص فان بذل له فيه مالا كان قد استهلك أموال غرمائه باستنقاذ نفسه من القصاص وذلك مالا يجوز له الا باذن غرمائه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وكذلك اختلف في خلع المريضة والحامل المثقل قيل ان خلعها جائز على ورثتها اذا خالعت بخلع مثلها روى ذلك ابن وهب عن مالك فعلى هذه الرواية غلب الخلع على حق الورثة وقيل ان خلعها لا يجوز من غير تفصيل وهو ظاهر قول مالك في المدونة وفي كتاب ابن المواز وقيل ان ذلك لا يجوز ان كانت خالعت بأكثر من ميراثه منها ويجوز ان كانت خالعت بمثل ميراثه منها فأقل وهو قول ابن القاسم واختلف أيضاً متى ينظر فيه ان كان يوم الخلع أو يوم الموت فقال ابن القاسم يوم الخلع وقال ابن نافع وأصبغ يوم الموت على ما يأتى فى مسائلهم فعلى هذين القولين غلب حق الورثة على الخلع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والخلع مأخوذ من الاختلاع وهو نزع الشيء عن الشيء من ذلك الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزد غرماء معاذ على أن خلع لهم ماله يريد اخرجه عن جميعه وله عبارات هى الخلع والصلح والمبارأة والفدية وكلها تؤول الى معنى واحد وهو بذل العوض عن الطلاق الا أن اختلافها يرجع الى اختلاف صفات وقوعها فالخلع بذل جميع المال على الطلاق والصلح بذل بعضه والافتداء بذل جميع الصداق الذى أعطاها والمبارأة ترك مالها عليه من الحق على الطلاق أو ترك كل واحد منهما

ماله على صاحبه على الطلاق وحكمها كلها سواء في أنها طلقة واحدة بائنة اذا لم يسميا شيئاً من الطلاق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويجوز الخلع على جميع اعداد الطلاق الا أنه يكره فيما زاد على الواحدة فان وقع نفذ ومضي وان خالعته على أن يطلقها ثلاثا فطلقها واحدة لم يكن لها حجة لانها قد نالت بالواحدة ما كانت تنال بالثلاث من ملكها أمر نفسها وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ وان وقع الخلع دون تسمية طلاق فهي واحدة بائنة خلافا للشافعى فى قوله ان الخلع فسخ بغير طلاق وحجته ان الله ذكر الخلع بعد قوله الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فدل ذلك على أن الخلع ماضي غير محسوب وهذا لا حجة فيه لان ذكر الفدية حكم على حياله فلا فرق بين أن يذكر بين ذكر الطلقتين والطلقة الثالثة أو فى غير ذلك الموضع وقد بين ذلك النبي صلى الله عليه وسلم بقوله لثابت بن قيس بن شماس هي واحدة وهذا نص فى موضع الخلاف وذهب أبو ثور الى أنه طلقة رجعية وذلك بعيد لانها انما بذلت المال على ازالة الضرر ولا يزول الضرر عنها الا بملكها نفسها وقد اختلف اذا بارأها علي أن يعطيها أو على أن تعطيه ولا يعطيها فقيل هي طلقة رجعية وهو قول مطرف وقيل هى طلقة بائنة وهو قول ابن القاسم وقيل هى ثلاث تطليقات وهو قول ابن الماجشون وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويجوز الخلع على ماأعطاها وعلى أكثر من ذلك وأقل منه لقول الله عز وجل فلا جناح عليهما فيما افتدت به ولو كان كما يقول بعض الناس إنه لايجوز للزوج أن يأخذ منها فى الخلع أكثر مما أعطاها لكان فلا جناح عليهما فيما افتدت به منه لان القائل لو قال لا تشتم فلانا الا أن يشتمك فان شتمك فلا جناح عليك فيما فعلت به ولم يقل منه أو من ذلك لكان قد أباح له أن يشتمه وأن يفعل به ما شاء من ضرب وغيره وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ويجوز الخلع بالغرر والمجهول لانه ظاهر عموم قول الله عز وجل فلا جناح عليهما فيما افتدت به واذ ليس طريقه طريق المبايعات التى يبتغى فيها الاثمان وانما المبتغى فيه تخليص الزوجة من ملك الزوج فلا يضر الجهل بالعوض ألا ترى أن النكاح لما لم يكن طريقه طريق المبايعات المحضة وكان المبتغي فيه المكارمة والايصال جاز على عبد غير موصوف وعلى شوار بيت غير موصوف وما أشبه ذلك من الغرر اليسير الذى لا يذهب جملة فيبقى البضع بلا صداق لان الصداق حق لله تعالى فلا يجوز اسقاطه والخلع لا حق لله فيه فجاز بالغرر الكثير من جميع جهاته وان ذهب جملة فبقى الخلع بلا عوض وقد قيل ان الخلع بالغرر والمجهول لا يجوز والمشهور ما قدمناه وأجازه ابن القاسم فى المدونة بالعبد الآبق والبعير الشارد وما أشبه ذلك ومنع منه بالتزام نفقة الولد أكثر من حولى الرضاع وما أشبه ذلك فقيل انه قد فرق بين المسئلتين وقيل انه خلاف من قوله ولم يجز الصلح من دم العمد على غرر فقيل ان ذلك على القول الذى منع من الخلع بالغرر وقيل انه فرق بين الخلع والصلح عن دم العمد وهو ظاهر مافي المدونة والفرق بين الخلع ودم العمد ان دم العمد قد قيل ان لولى الدم ان يعفو على أخذ الدية فاذا كان له ان يأخذها فكانه قد ملكها ووجبت له فلا يصالح عنها الا بمعلوم ويلزم على هذا ان لايجوز الصلح الا بما يصح به بيع الدية وهذا أصل مختلف فيه هل يكون من مالك ان يملك كالمالكة قبل ان يملك في الاحكام الجارية عليه ام لا على قولين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في الحضانة الاصل في الحضانة كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم واجماع الامة فاما الكتاب فغير ما آية منها قوله وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً وفى الامهات قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة فالام أحق برضاعة ابنها وكفالته الى ان يستغني عنها بنفسه وقال تعالى حاكياً عن أخت موسى صلى الله عليه وسلم انها قالت لآسية امرأة فرعون هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون فرددناه الى أمه كى تقر عينها

ولاتحزن وقال فى مريم بنت عمران وكفلها زكريا ويقرأ وكفلها زكريا بتشديد الفاء فمن قرأ وكفلها زكريا قال معناه كفلها الله أياه أى أوجب له كفالتها بالقرعة التى أخرجها له والآية التى أظهرها لخصومه فيها وذلك ان زكريا وخصومه فيها لما تنازعوا أيهم يكفلها تساهموا بقداحهم فرموا بها في نهر الاردنّ فقام قدح زكريا ثابتا فى الماء لم يجر كانه فى طين وجري بقداح الآخرين فجعل الله ذلك علما بانه أحق المتنازعين فيها وقيل بل عدا قدح زكريا فى النهر وانحدرت قداح الآخرين فكانت قداحهم التي أستهموا بها اقلامهم التى كانوا يكتبون بها التوراة فذلك قوله وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم اذ يختصمون وكان زكريا قد قال لهم أنا أحق بها منكم لأن عندى أختها أو خالتها على اختلاف فى ذلك لانه قيل ان زوجته أم يحيي كانت خالة مريم وقيل بل كانت أختها فحكم الله بها لزكريا لموضع أختها أو خالتها وعلى هذا أتى شرعنا لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بابنة حمزة ابن عبد المطلب لجعفر بن أبي طالب لانه قد تنازع فيها على بن أبى طالب وجعفر وزيد ابن حارثة رضى الله تعالى عنهم فقال على هي ابنة عمى وعندى بنت رسول الله صلي الله عليه وسلم فأنا أحق بها وقال جعفر هي ابنة عمي وعندى خالتها فأنا أحق بها وقال زيد هي ابنة أخى وتجشمت لها السفر وكان قد خرج عنها حين أصيب حمزة فأقدمها وعلي هـذا مذهبنا أن الحاضنة اذا كان زوجها وليا من أولياء المحضون فهى أحق به من سائر الاولياء وان كان زوجها أبعد منهم وبالله التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وانما كفلها زكريا لانها كانت يتيمة توفيت أمها بعد موت أبيها وهى صغيرة والله سبحانه وتعالى أعلم وبالله التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما السنة فمنها قوله صلى الله عليه وسلم للمرأة المطلقة من أبي الطفيل حين قالت له ان ابنى هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجرى له حواء وأنا له الفداء فزعم أبوه أنه ينتزعه منى فقال أنت أحق به مالم تنكحى وقضاؤه بابنة حمزة لجعفر لموضع خالتها أسماء بنت عميس وبالله سبحانه وتعالي التوفيق وهو الهادي الى

أقوم طريق

﴿ فصـل ﴾ وأما الاجماع فلا خلاف بين أحد من الامة في ايجاب كفالة الاطفال الصغار لان الانسان خلق ضعيفا مفتقراً الى من يكفله ويربيه حتى ينفع نفسه ويستغني بذاته فهو من فروض الكفاية لايحـل أن يترك الصغير دون كفالة ولا توقيـة حتى يهلك ويضيع واذا قام به قائم سقط عن الناس ولا يتعين ذلك على أحد سوي الاب وحده ويتعين على الام فى حولى رضاعه اذا لم يكن له أب ولا مال تستأجر له منـه فان كان لايقبل ثدى سواها فتجبر على رضاعه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما اختلف الناس فى الاول من الاولياء اذا اختلفوا في كفالته وتشاحوا فى ذلك والاولياء الذين لهم الحضانة عصبته من الرجال وقرابته من النساء من قبـل الأم ومن قبل الأب وأوصياؤه من الرجال والنساء وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فقراباته من النساء يستوجبن الحضانة بوجهين (أحدهما) ان يكن ذوات رحم منه (الثانى) ان يكن محرمات عليـه فان كن ذوات رحم منـه ولم يكن محرمات عليـه كبنت الخالة وبنت العمة وما أشبههما لم يكن لهن حق فى الحضانة وكذلك ان كن محرمات عليـه ولم يكن ذوات رحم منـه كالمحرمات عليه بالصهر والرضاع وما أشبههن لم يكن لهن فى الحضانة حق واما عصبته من الرجال فانهم يسـتوجبون الحضانة بمجرد التعصيب كانوا من ذوي رحمه المحرم كالجد والعم والأخ وابن الاخ أو من ذوي رحمه الذى ليس بمحرم كابن العم وان سفل أو لم يكونوا من ذوى رحمه كالمولى والمعتق واما أوصياؤه من الرجال والنساء فانهم يستوجبون الحضانة بمجرد الولاية كانوا مقدمين من قبل الاب أو من قبل السلطان وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وهي أعنى الحضانة مرتبة فيهم بحسب الحنان والرفق لا يراعى فى ذلك قوة الولاية كالنكاح وولى الموالى والصلاة على الجنائز وولى الميراث فقد يحضن من لا يرث كالوصى والعمة والخالة وبنت الاخ وبنت الاخت وقد يرث من لا يحضن مثل الزوج والزوجة أعني زوج المحضونة وزجته ان كان رجلا والمولاة المعتقة فالمقدم منهم

في الحضانةمن يعلم بمستقر العادة انه أشفق علي المحضون وارأف به وأقوى لمنافعه وهي الام لا اختلاف بين أحد من أهل العلم ان الام أحق بالحضانةمن الاب ومن سائر الاولياء من الرجال والنساء لقول النبي صلى الله عليه وسلم انت أحق به مالم تنكحي الا انه قد روى عنه صلى الله عليه وسلم انه اسهم بينهما ويخبر عنه انه خير الابن بين أبويه فقضي به لمن اختار منهما وفي بعض الآثار ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لهما استهما عليه فأبي الاب من ذلك فخير النبي صلى الله عليه وسلم الابن بينهما وفي بعضها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهما ان شئتما خيرتماه وذهب أبو جعفر الطحاوى الى ان لايحمل شئ من هذه الآثار علي التعارض وان يستعمل جميعها فيدعو الامام الابوين الى الاستهام عليه فان اجابا الى ذلك اسهم بينهما وان أبيا أو أحدهما قال لهما ان شئتما خيرتماه فان أبيا ذلك أو أحدهما حكم به للام وهو وجه حسن يصح به استعمال الآثار كلها واستعمال جميعها أولى من طرح بعضها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وكما تكون الام أحق من الاب فان قراباتها أحق من قرابات الاب لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك واختلفوا هل تكون قراباتها سوي الام اذ الام أحق من قرابات الاب على قولين فروى ابن وهب عن مالك ان الاب أحق من الخالة والمشهور في المذهب ان قرابات الام أحق من الأب فعلى هذا ان لم تكن الام أو كانت ولها زوج أجنبي فأمها وهي الجدة فان لم تكن فام أمها أو أم أبيها فان اجتمعتا جميعا فأم الام أحق من أم الأب فان لم تكن واحدة منهما فأم أم أمها أو أم أم أبيها أو أم أبي أمها فان اجتمع الاربع فأم أم الأم ثم أم اب الأم وأم أم الأب بمنزلة سواء ثم أقرباء الاب وعلى هذا الترتيب أمهاتهن ماعلون فان لم تكن واحدة منهن فأخت الأم وهي الخالة فان اجتمع أخت الام لابيها وأمها وأختها لابيها وأختها لامها فالشقيقة أولى ثم التى للام ثم التى للأب لان الام أمس رحما فان لم تكن منهن واحدة فاخت الجدة وهى خالة الام وخالة الخالة فان اجتمع أيضا أخت الجدة لابيها وأمها وأختها

لامها وأختها لابيها فالشقيقة أولى ثم التى للام ثم التي للاب لان الام أمس رحما من الاب على مابيناه فان لم تكن واحدة منهن فأخت الجد للام وهى عمة الام وعمة الخالة فان اجتمع أيضاً أخت الجد للام لابيه وأمه وأخته لامه وأخته لابيه فالشقيقة أولى ثم التى للام ثم التي للاب وعلى هذا الترتيب مابعد من النسب من الام وارتفع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان انقطعت قرابات الام فقيل إن الاب أحق من جميع قراباته لانهن انما يدلين به فهو أحق منهن وقيل انهن أحق منه لانه وان كن يدلين به لانه لايحضن ويستنيب في الحضانة غيره من النساء فقراباته أحق حكي هذين القولين عبد الوهاب وجعل في المدونة بعض قراباته أحق منه وهو أحق من بعض فجعل الجدات من قبله أحق منه وجعله هو أحق من سائر قراباته وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وترتيب قرابات الاب من النساء في الحضانة كترتيب قرابات الام على مابيناه فاحق الناس بالحضانة من قراباته أمه فان لم تكن أم أو كان لها زوج فأم أمه أو أم أبيه فان اجتمعتا فأم أمه أحق من أم أبيه فان لم تكن واحدة منهما فأم أم أمه أو أم أم أبيه أو أم أم أبي أبيه أو أم أبي أمه فان اجتمع جميعهن فأم أم أمه أولى ثم أم أبي أمه وأم أم أبيه بمنزلة سواء ثم أم أم أبي أبيه وعلى هذا الترتيب تكون أمهاتهن ماعلون وان لم تكن واحدة منهن فبنت الابوين أو بنت أحدهما وهى الاخت فان اجتمع الاخوات فالشقيقة أحق ثم التي اللام ثم التى للاب فان لم تكن فأخوات الاب وهن العمات للاب والام وللام دون الاب وللاب دون الام فان اجتمعن فالشقيقة أولى ثم التى اللام ثم التى للاب لان الام أمس رحما من الاب على مابيناه في الخالات فان لم تكن واحدة منهن فأخوات الجد وهن عمات الاب وعمات العم للاب والام وللام دون الاب وللاب دون الام فان اجتمعن أيضا فالشقيقة أولى ثم التى للام ثم التى للاب فان لم تكن منهن واحدة فأخوات الجد للاب والام وللام دون الاب وللاب دون الام وهن خالات الاب فان اجتمعن فالشقيقة أولي ثم التى للام

ثم التى للاب وهن على هذا الترتيب مابعد النسب من الاب وارتفع فان لم تكن منهن واحدة فبنات الاخوة وبنات الاخوات للاب والام وللام دون الاب وللاب دون الام وان سفلوا الاقرب فالاقرب وذهب ابن حبيب فى الواضحة الى أنه لاحضانة لبنات الاخوات وهو بعيد خارج عما أصلناه لانهن ذوات رحم محرمات عليه فلا فرق بينهن وبين سائر قراباته فى وجوب الحضانة لهن فان اجتمعتا جميعا بنت الأخ وبنت الاخت قدمت بنت الاخ عليها في الحضانة مراعاة للخلاف الذي حكيناه وهما فى القياس سواء في المنزلة ينظر الامام في ذلك فيقضى به لاحرزهما واكفاهما فان لم تكن منهن واحدة أو كانت ولها زوج أجنبي رجعت الحضانة الى العصبة ولا شئ فيها لبنات العمات ولا لبنات الخالات لانهن غير محرمات وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأحق الناس بالحضانة من العصبة الاخ ثم الجد ثم ابن الاخ ثم العم هكذا في كتاب ابن المواز فيحتمل ان يريد ان الجد وان علا أحق من ابن الاخ ومن العم ويحتمل ان يريد ان أحق الناس بالحضانة من العصبة الاخ ثم الجد الا دنى ثم ابن الاخ ثم العم ثم ابن العم وان سفل الاقرب فالاقرب ثم ابو الجد ثم عم العم ثم ابن عم العم وان سفل الاقرب فالاقرب ثم جد الجد ثم ولده ثم والد جد الجد ثم ولده على هذا الترتيب أبداً فترتيب الحضانة فى العصبة ليس يجري على ميراث المال ولا على ميراث الولاء والصلاة على الجنائز لان الجد وان علا أرفع مرتبة فى الميراث من الاخ اذ لا ينقص معهم من الثلث شيئا ولان بنى الاخوة والاعمام وبنيهم لاشئ لهم مع الجد وان علي فى ميراث المال وابن الاخ فى ميراث الولاء أحق من الجد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاحق الناس بالحضانة على مذهب ابن القاسم فى المدونة بعد الام الجدة للام وان علت فان اجتمع الجدات فعلى الترتيب الذي وصفناه ثم الخالة فان اجتمع الخالات فعلى الترتيب الذى وصفناه ثم خالة الام فان اجتمعن فعلى الترتيب الذي وصفناه

ثم عمة الام فان اجتمع عماته فعلى الترتيب الذي وصفناه ثم الجدة للاب وان علت فان اجتمع الجـدات فعلى الترتيب الذى وصفناه ثم الاخت فان اجتمع الاخوات فعلى الترتيب الذى وصفناه ثم العمة ثم عمة الاب ثم خالة الاب ثم بنات الاخوة ثم بنات الاخوات وقيل لاحضانة لبنات الاخوات وقيل انهن أحق من بنات الاخوة وقيل انهن بمنزلة سواء ينظر الامام في احرزهن وأكفلهن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وقد تقدم ان الحاضنة اذا كان لها زوج أجنبي سقطت حضانتها فان كان زوجها ذا رحم من المحضون فلا يخلو من وجهين (أحدهما) ان يكون محرما عليه (والثاني) ان لا يكون محرما عليه فان كان محرما عليه فسواء كان ممن له الحضانة كالعم والجد للأب أو ممن لاحضانة له كالخال والجد للام لا تأثير له في اسقاط الحضانة واما ان كان غير محرم عليه فلا يخلو ان يكون ممن له الحضانة كابن العم أو ممن لاحضانة له كابن الخال فان كان ممن له الحضانة فهي أحق مالم يكن للمحضون حاضنة أقرب اليه منها فارغة من زوج وان كان زوجها ابعد من الولى الآخر وان كان ممن لاحضانة له فانه يسـقط حضانتها بكل حال كالاجنبي سواء وذهب ابن وهب الى ان الزوج يسقط حضانة الحاضنة وان كان ذا رحم من المحضون وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ واختلف بماذا يسقط الزوج الاجنبي حضانة زوجته فقيل بالدخول وقيل بالحكم عليه باخذ الولد منه وعلى هذا يأتي اختلافهم فيمن طلق امرأته وله منها ولد تزوجت ولم يعلم بتزويجها حتي طلقها الزوج أو مات عنها أو علم بذلك ولم تطل المدة هل له ان يأخذ الولد منها بعـد خلوها من الزوج أم لا فاما ان علم بتزويجها ولم يعجل باخذ الولد منها حتي طالت المـدة ثم طلقها الزوج أو مات عنها فليس له ان يأخـذ الولد منها لانه يعد بذلك تاركا لحقه فيه على الاختلاف في السكوت هل هو بمـنزلة الاقرار أم لا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ واختلف أيضاً فيما يسقط من حضانتها بذلك فقيل انه تسقط به حضانتها جملة وهو ظاهر مافى المدونة وقيل انها تسقط حضانتها فى جهة من حضن المحضون

فى حال تزويجها وقيل انه انما يسقط حضانتها فى حال تزويجها فان طلقها الزوج أومات عنها رجعت فى ولدها وعلى هـذه الثلاثة الاقوال تأتي مسائلهم فمن قال ان حضانتها تسقط جملة فيأتي على مذهبـه ان الحضانة لا تعود اليها أبداً وان مات الحاضن للولد وهي فارغة من الزوج بموت أوطلاق ومن قال ان حضانتها انما تسقط فى جهة من حضن الولد فى حال تزويجها فيأتي على مذهبـه ان الحضانة لاتعود اليها وان طلقها الزوج أومات مادام الحاضن للولد على حضانته فان سقطت حضانته بموته أو ماأشبه ذلك مما تسقط به حضانتها وهي فارغة من زوج رجعت الحضانة اليها ومن قال ان حضانتها انما تسقط في حال تزويجها يقول انها ترجع في ولدها فتأخـذه متى مامات الزوج أو طلقها وجه القول الاول ان تزويجها رضى منه باسقاط حقها فيـه ووجه القول الثاني ان تزويجها رضا منها باسلام الولد الى الذي يحضنه فى حال تزويجها وليس برضا منها باسـقاط حقها فيه جمـلة ووجه القول الثالث ان تزويجها ليس برضا منها بترك الولد لان النـكاح ممـا تمس الحاجة اليه كالطعام والشراب فاشبه ما اذا مرضت وضعفت عن الحضانة ان الولد يؤخذ منها لهذه العلة فاذا ارتفعت العلة عادت الحضانة اليها وأخذت ولدها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وهذه الثلاثة الاقوال انمـا تتصور على مذهب من يرى ان الحضانة من حق الحاضن وأما على مذهب من يرى أنهـا من حق المحضون وهو مذهب ابن الماجشون فلها أن تأخذ الولد متى ماخلت من الزوج وعلى هذا الاختلاف يأتى اختلافهم فى السكنى وأجر الحضانة فمن رأى أن الحضانة من حق الحـاضن لم ير له أجرة ولا كراء فى سكناه معه لانه لايستقيم أن يكون من حقه أن يكفله ويؤويه الى نفسه ويجب له بذلك حق ومن رأي أن الحضانة من حق المحضون أوجب للحاضن أجرة على حضانته اياه وكراء سكناه معه وهذا بين ولا اختلاف في أن على الاب النفقة والـكسوة وأجر الرضاع ان كان رضيعا واختلف قول مالك رحمه الله تعالى اذا وجد الاب من يرضعه له باطلا أو بدون مايساوى رضاعه قال في المدونة ان من حق الام

أن ترضعه بأجرة مثلها فقيل ان ذلك من أجل حقها في حضانته وقيل ان ذلك من أجل رفقها به في ارضاعه وان لبنها أنفع له على ماروى أن مامن لبن يرضع به الصبي أعظم بركة عليه من لبن أمه فمن عال ذلك بحقها في الحضانة يقول ان الاب ان وجد من يرضعه له عند أمه باطلا لم يكن لها حجة ومن عال بالعلة الاخرى فحجتها باقية وروى ابن وهب عن مالك ان الام ان لم ترد أن ترضعه باطلا أو بما وجد كان له أن يدفعه الى من يرضعه باطلا أو بما وجد ومعنى ذلك اذا أرضعته عند أمه ولم تخرجه من حضانتها وهذا القول أشبه بظاهر قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى وأما ان أبت الام أن ترضعه فيستأجر له الاب من يرضعه وليس عليه أن يكون في ذلك عند أمه فعلى هذا تحمل الروايات الواردة في هذا ان شاء الله تعالى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واذا قلنا أن الحضانة من حق الحاضن فهل يملك الحاضن اسلامه الى من شاء من الاولياء أم لا في ذلك اختلاف قيل ان للحاضن أن يسلم الولد الى من شاء من الاولياء وان كان غيره أحق به منه وهو ظاهر مافي المدونة لانه قال ان المرأة اذا صالحت زوجها على أن يكون الولد عنده جاز ذلك وكان أحق بالولد فظاهره وان كان له جدة أوخالة اذ لم يشترط ذلك وقيل إنه لايملك وانما هو حقه فان شاء أخذه وان شاء تركه فان تركه كان لمن يجب له بعده كشفعاء في الشفعة ليس لمن كان منهم أحق بها أن يسلمها لمن شاء وانما هو حقه ان شاء أخذه وان شاء تركه فان تركه كان لمن يجب له بعده وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف في حد الحضانة فقيل الى البلوغ وقيل الى الاثغار وهي رواية ابن وهب عن مالك رحمه الله تعالى وبالله التوفيق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

كتاب الايمان بالطلاق

﴿ فصل ﴾ ماجاء في الايمان بالطلاق الاصل في وجوب الايمان بالطلاق قول الله عز وجل يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم يريد عقد اليمين وعقد النذر وسائر العقود اللازمة في الشرع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والايمان تنقسم على ثلاثة أقسام مباحة ومكروهة ومحظورة فالمباحة اليمين بالله تعالى وبجميع أسمائه الحسني وصفاته العلي لان الله تعالى اذن في الحلف باسمه لعباده وشرعه لهم في غيرما آية من كتابه تعالى فقال تعالى وأقسموا بالله جهد أيمانهم وقال فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين وقال تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم وقوله فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنا اذاً لمن الظالمين وما روي أن عيسى بن مريم كان يقول لبني اسرائيل ان موسى عليه الصلاة والسلام كان نهاكم ان تحلفوا بالله كاذبين وانا أنهاكم ان تحلفوا بالله كاذبين أو صادقين ظاهره ان شرعه خلاف شرع موسى عليه الصلاة والسلام وخلاف شرعنا في اباحة الحلف بالله دون كراهية ويحتمل ان يكون انما كره لهم اليمين بالله صادقين مخافة ان يكثر ذلك منهم فيكون ذريعة الى حلفهم بالله على مالم يعلموه يقينا أو يوافق الحنث كثيراً أو يقصروا في الكفارة فيقعوا في الحرج لا ان ترك اليمين بالله على الصدق أفضل من الحلف بها لان الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم باليمين باسمه في ثلاثة مواضع من كتابه فقال تعالى ويستنبؤنك أحق هو قل اي وربي انه لحق وما أنتم بمعجزين وقال تعالى وقال الذين كفروا لا تأتينا الساعة قل بلى وربي لتأتينكم وقال تعالى زعم الذين كفروا ان لن يبعثوا قل بلى وربي لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم وذلك على الله يسير وكان صلى الله عليه وسلم كثيراً ما يحلف لا والذى نفسي بيده لا ومقلب القلوب ولا وجه لكراهة اليمين بالله على الصدق لان القسم الحلف بالشيء تعظيما له فلا شك

ان في ذكر الله تعالى على التعظيم له أجراً عظيما وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ واليمين بالله هي التي أمر الله بحفظها وجعل لغو اليمين فيها وأوجب الكفارة على من حلف بها فحنث لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم قيل معناه فحنثتم وقيل معناه أو أردتم الحنث على القول بجواز الكفارة قبل الحنث على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف على يمين فرأي غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه ويفعل الذي هو خير أو يفعل الذي هو خير ويكفر عن يمينه ثم قال واحفظوا أيمانكم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وتسقط الكفارة عمن حلف بهذه اليمين فحنث فيها الاستثنيا بمشيئة الله تعالى اذا وصل ذلك بآخر كلامه وحصر به حل يمينه باجماع أهل العلم قال رسول الله صلي الله عليه وسلم من حلف بالله فقال ان شاء الله ثم لم يفعل الذى حلف عليه لم يحنث وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ واما اليمين المكروهة فهي اليمين بغير الله تعالى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت وهي على وجهين (أحدهما) ان يوجب على نفسه شيئاً من الاشياء ان فعل فعلا أو ان لم يفعله كقوله على كذا وكذا ان فعلت كذا وكذا أو ان لم أفعله (والوجه الثاني) ان يحلف بحق شيء من الاشياء ان يفعل كذا وكذا أو أن لا يفعله كقوله وأبي لافعلن كذا وكذا وماأشبه ذلك فاما مايوجب الرجل على نفسه بشرط ان يفعل فعلا أو ان لا يفعله فان ذلك ينقسم على ثلاثة أقسام منها ما يلزمه باتفاق ومنها مالا يلزمه باتفاق ومنها مايختلف فيه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ فأما ما يلزمه باتفاق فاليمين بالطلاق لا اختلاف بين أحد من العلماء ان الرجل اذا حلف بطلاق امرأته على نفسه أو على غيره أن يفعل فعلا أو أن لا يفعله

ان اليمين لازمة له وان الطلاق واقع عليه فى زوجته اذا حنث فى يمينـه لأن الحالف بالطلاق أن لايفعل فعلا أو أن يفعله انما هو مطلق على صفة ما فاذا وجدت الصـفة التي علق بها طـلاق امرأته لزمه ذلك الا ماروى عن أشهب فى الحالف على امرأته بطلاقها أن لاتفعل فعلا فتفـعله قاصـدة لتحنيثه أنه لاشئ عليـه وهو شذوذ وانمـا الاختلاف المعلوم فيمن قال لعبده أنت حر ان فعلت كذا وكذا ففعله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصـل ﴾ ولايكون لغو فى اليمين بالطلاق لان الله تعالى لم يذ كره الا في اليمين بالله عز وجل واما الاستثناء فيه بمشيئة الله فان رده الى الطلاق لم ينفعه وان رده الى الفعل نفعه عند ابن الماجشون وأشهب ولم ينفعه عند ابن القاسم وقول ابن الماجشون وأشهب أظهر قياسا على الاستثناء فى اليمين بالله أنه ان رده الى اسم الله تعالى لم ينفعه وان رده الى الفعل الذى حلف عليه نفعه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما ان كان استثناؤه بمشيئة مخلوق فله استثناؤه باتفاق لان ذلك من تمام الصفة التى علق بها الطلاق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما مالايلزمه باتفاق فما يوجب على نفســه بشرط أن يفعل فعـلا أو ان لايفعله مما ليس لله بطاعة ولا يتقرب به اليه كان مباحا أو معصية كقوله في المعصية على ضرب فلان ان لم أفعل كذا وكذا وفى المباح على المشى الى السوق ان لم أفعل كذا وكذا وما أشبه ذلك ماعدا الطلاق فان اليمـين به تلزمه وان كان من المباح الذي ليس لله فيه طاعة ولا معصية للمعنى الذى قـدمت ذكره وهو ان الحالف به مطلق على صفة ما وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما الوجه الثالث المختلف فيه فهو يمينه بكل ما فيه طاعة وقربة أن يفعل فعـلا أوأن لايفعله من صـلاة أوصـيام أو مشي الى بيت الله أو غزو أو حج أوما أشـبه ذلك فذهب مالك وأصحابه الى أن ذلك اليمين تلزمه اذا حنث فيها كما يلزمـه بالنذر وهذا أصل مذهب مالك رحمه الله تعالى وقد شذت له مسائل يسيرة عنه وخالفه

في هذا الاصل جماعة من العلماء على اختلاف كثير في ذلك منهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان استثنى في ذلك بمشيئة مخلوق نفعه الاستثناء وان استثنى فيه بمشيئة الخالق جرى ذلك على الاختلاف المذكور ولا لغو عليه في ذلك أيضا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما الوجه الثاني من وجوه اليمين بغير الله فهو أن يحلف بحق شئ من الاشياء أن يفعل فعلا أو أن لا يفعله كقوله وأبي لافعلن كذا وكذا أو والنبي صلى الله عليه وسلم ومكة أو والصلاة والزكاة والطلاق لا أفعله وما أشبه ذلك فهذا كله ليس بيمين ولا كفارة فيه على من حلف بشئ من الاشياء وحنث فيه الا أنه يكره ذلك له لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اليمين بغير الله ولان الحالف بالشئ قاصد الى تعظيم المحلوف به والله أحق من قصد الي تعظيمه وقد اختلف في قول الله عز وجل والطور والسماء والطارق والنجم والتين والزيتون وما أشبه ذلك من الايمان الواردة في القرآن فقيل ان ذلك من المجاز وأن المعنى فيه ورب الطور ورب السماء والطارق ورب النجم وما أشبه ذلك فحذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه كقوله تعالى واسئل القرية وقيل ان ذلك على الحقيقة لامجاز فيه وهو أصح ان شاء الله لان الله تعالى هو المقسم بهذه الاشياء وله ان يقسم بما شاء من مخلوقاته ترفيعا لها على ماسواها وتنبيها على آثار الصنعة فيها فلا حجة لمخلوق بهذا في اجازة الحلف بغير الله تعالى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما المحظورة فهى ان يحلف بالطواغيت وباللات والعزى أو بوثن من الاوثان التي يعبدون من دون الله أو بكنيسة من الكنائس أو ببيعة من البيع وما أشبه ذلك لان الحالف بالشئ قصد الى تعظيمه وتعظيم هذه الاشياء كفر بالله تعالى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فيما ينقسم اليه الطلاق من الوجوه والطلاق ينقسم على قسمين طلاق مطلق

وطلاق مقيد بصفة فأما الطلاق المطلق فهو قول الرجل لامرأته أنت طالق وما أشبه ذلك من صريح الطلاق وكناياته وقد اختلف فى صريحه ما هو على ثلاثة أقوال (أحدها) ان صريحه لفظ الطلاق خاصة وان كناياته ماعدا ذلك مثل قوله خلية وبرية وحبلك على غاربك وما أشبه ذلك وهو مذهب عبد الوهاب (والثانى) ان هذه الالفاظ كلها صريح الطلاق وبعضها أبين من بعض وهو مذهب أبي الحسن بن القصار (والثالث) أن صريح الطلاق ماذكره الله فى كتابه وهو الطلاق والسراح والفراق وهو مذهب الشافعي رحمه الله تعالى واختلف بماذا يلزم على ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يلزم بمجرد القول دون النية (والثانى) أنه يلزم بمجرد النية وان لم يقترن به قول (والثالث) أنه لايلزم الا باجتماع القول والنية وهذا فيما بينه وبين الله واما في الحكم الظاهر فلا اختلاف بين أهل العلم ن الرجل يحكم عليه بماأظهر من صريح القول بالطلاق أو كناياته ولايصدق أنه لم ينوه ولاأراده ان ادعي ذلك على مذهب من يري ان الطلاق لايلزم بمجرد القول حتي تقترن به النية وأما الطلاق المقيد بصفة فانه ينقسم على وجهين (أحدهما) ان يقيد ذلك فيها بلفظ الشرط (والثاني) أن يقيده بها بلفظ الوجوب فاما اذا قيده بلفظ الشرط مثل أن يقول امرأتي طالق ان فعلت كذا وكذا أو ان لم أفعله فان الفقهاء يسمون ذلك يمينا بالطلاق على المجاز لما فيه من معنى اليمين بالله تعالى وهو ان الطلاق يجب عليه بالشرط كما تجب الكفارة على الحالف بالله تعالى بالحنث فاستويا جميعا في القصد الى الامتناع مما يجب به الطلاق أو الكفارة دون القصد الى الطلاق أو الكفارة. ومن ذلك أيضاً أنه ينعقد في المستقبل من الازمان كما تنعقد الايمان بالله تعالى ويكون فى الماضى اما واقع واما ساقط كاليمين بالله الذى يكون فى الماضى اما لغو أو حالف على صدق لاتجب فيه كفارة واما غموس أعظم من أن تكون فيه كفارة يأثم اذا حلف على الغيب أو على الكذب أو على الشك كما يأثم فى اليمين بالله اذا حلف على شيء من ذلك وليس بحقيقة وانما حقيقة اليمين بالطلاق قول الرجل وحق الطلاق لافعلت كذا وكذا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فيما تنقسم اليه اليمين بالطلاق من الوجوه وهى أعنى اليمين بالطلاق على ماذكرته من المجاز تنقسم على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يحلف بالطلاق على نفسه (والثانى) أن يحلف على غيره (والثالث) أن يحلف على مغيب من الامور فاما الاول وهو حلفه بالطلاق على نفسه فهو ينقسم على قسمين (أحدهما) ان يحلف بالطلاق ان لايفعل فعلا فيقول امرأتى طالق ان فعلت كذا وكذا (والثانى) ان يحلف به ان يفعل فعلا فيقول امرأتى طالق ان لم أفعل كذاوكذا فاما الوجه الاول وهو ان يحلف بالطلاق ان لا يفعل فعلا فلا يخلو من ثلاثة أوجه (أحدها) ان يكون ذلك الفعل مما يمكنه فعله وتركه (والثانى) ان يكون مما لا يمكنه تركه (والثالث) ان يكون مما لا يمكنه فعله فاما اذا كان مما يمكنه فعله وتركه فلا خلاف فى انه لاطلاق عليه الا ان يفعل ذلك الفعل مثل ذلك ان يقول امرأتى طالق ان ضربت عبدى أو دخلت الدار أو ركبت الدابة أو ماأشبه ذلك الا فى مسئلة واحدة وهى ان يقول امرأتي طالق ان وطئتك فان لها تفصيلا وفيها اختلاف هو مذكور فى الامهات وسيأتى تحصيل القول عليه فى كتاب الايلاء واما اذا كان مما لا يمكنه تركه فقيل انه يعجل عليه الطلاق وهو قول سحنون وقيل انه لاطلاق عليه حتى يفعل ذلك الفعل كالوجه الاول وهو ظاهر قول ابن القاسم فى المدونة مثال ذلك ان يقول امرأتى طالق ان أكلت أو شربت أو صمت أو صليت وما أشبه ذلك وأما اذا كان مما لا يمكنه فعله فقيل انه لاشئ عليه وهو قول ابن القاسم فى المدونة وقيل ان الطلاق يعجل عليه لانه يعد نادما وهو قول سحنون وروى مثله عن ابن القاسم مثال ذلك ان يقول امرأتى طالق ان مسست السماء أو ولجت فى سم الخياط وماأشبه ذلك وأما الوجه الثانى وهو ان يحلف بالطلاق ان يفعل فعلا فلا يخلو من ثلاثة أوجه (أحدها) ان يكون ذلك الفعل مما يمكنه فعله وتركه (والثانى) أن يكون مما لا يمكنه فعله فى الحال (والثالث) ان يكون مما لا يمكنه فعله على حال وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما اذا كان مما يمكنه فعله وتركه مثل قوله أنت طالق ان لم أدخل الدار وان لم أضرب عبدي وما أشبه ذلك فانه يمنع من الوطء لانه على حنث ولا يبر الا بفعل ذلك الشيء فان رفعت امرأته أمرها ضرب له أجله المولى وطلق عليه عند انقضائه الا ان يبر بفعل ذلك الفعل الذي حلف عليه ليفعلنه أو تحب البقاء معه بغير وطء فان اجترأ ووطئ سقط أجل الايلاء واستؤنف لها ضربه ان رفعت ذلك ولا يقع عليه طلاق بترك ذلك الفعل الذى حلف عليه ليفعلنه لانه طلاق لا يكشفه الا الموت وان أراد ان يحنث نفسه بالطلاق دون ان يطلق عليه الامام بالايلاء كان ذلك له الا ان يضرب أجلا فيقول امرأتي طالق ان لم أفعل كذا وكذا الى وقت كذا وكذا ولا يكون له ان يحنث نفسه بالطلاق ويطأ الى الاجل على اختلاف من قول ابن القاسم ويضرب له أجل الايلاء على القول الذي يقول لا يطأ اذا كان الاجل أكثر من أربعة أشهر فهذا حكم هذا القسم الا فى مسئلتين (أحدهما) ان يقول امرأتى طالق ان لم أطلقها (والثاني) ان يقول امرأتي طالق ان لم أحبلها فأما اذا قال امرأتى طالق ان لم أطلقها ففي ذلك ثلاثة أقوال (أحدها) ان الطلاق يعجل عليه ساعة حلف ووجه ذلك انه حمله على التعجيل والفور فكأنه قال أنت طالق ان لم أطلقك الساعة (والثانى) ان الطلاق لا يعجل عليه الا ان ترفعه امرأته الى السلطان وتوقفه على الوطء (والثالث) انه لا يطلق عليه ان رفعته امرأته ويضرب له أجل الايلاء فان طلقها والا طلق عليه بالايلاء عند انقضاء أجله ولم يمكن من الوطء لانه لايجوز له من أجل أنه على حنث وان اجترأ فوطئ سقط عنه الايلاء واستؤنف ضربه له ثانية ان رفعت امرأته أمرها الى السلطان وفائدة ضرب أجل الايلاء على هذا القول وان لم يمكن من الفيء بالوطء رجاء ان ترضى فى خلال الاجل بالبقاء معه على العصمة دون وطء واما اذا قال امرأتى طالق ان لم أحبلها فانه يطأ أبداً حتى يحبلها لأن بره فى إحبالها وكذلك ان قال لامرأته أنت طالق ان لم اطأك له أن يطأها لان بره فى وطئها فان وقف عن وطئها كان موليا عند مالك والليث فيها

روى عنهما وقال ابن القاسم لا ايلاء عليه وهو الصواب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما اذا كان ذلك الفعل مما لا يمكنه فعله في الحال مثل أن يقول امرأتي طالق أن لم أحج وهو في أول العام ففي ذلك أربعة أقوال (أحدها) أنه يمنع من الوطء الآن وهو ظاهر قول ابن القاسم في كتاب الايلاء من المدونة ورواية عيسى عنه في الايمان بالطلاق من العتبية (والثاني) أنه لا يمنع من الوطء حتى يمكنه فعل ذلك الفعل (والثالث) أنه لا يمنع من الوطء حتى يخشى فوات ذلك الفعل (والرابع) أنه لا يمنع منه حتى يفوت فعل ذلك الفعل وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا قلنا إنه يطأ حتى يمكنه فعل ذلك الفعل فامسك عن الوطء بامكان الفعل له ثم فات الوقت ففي ذلك ثلاثة أقوال (أحدها) أنه لا يرجع الى الوطء أبداً (والثاني) أنها تطلق عليه (والثالث) أنه يرجع الى الوطء حتى يمكنه الفعل مرة أخرى وقد زدنا هذه الاوجه بيانا في كتاب الايلاء وأما اذا كان الفعل مما لا يمكنه فعله على حال لعدم القدرة عليه مثل أن يقول امرأتي طالق ان لم أمس السماء وان لم ألج في سم الخياط وما أشبه ذلك أو لمنع الشرع منه مثل أن يقول امرأتي طالق ان لم أقتل فلانا أو ان لم أشرب الخمر وما أشبه ذلك فانه يعجل عليه الطلاق الا أن يجترئ على الفعل الذي يمنعه منه الشرع فيفعله قبل أن يعجل عليه الطلاق فانه يبر في يمينه ويأثم في فعله ولا اختلاف في هذا الوجه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما القسم الثاني وهو أن يحلف بالطلاق على غيره فانه ينقسم أيضا على وجهين (أحدهما) ان يحلف عليه أن لا يفعل فعلا (والثاني) أن يحلف عليه ليفعلنه فأما اذا حلف عليه أن لا يفعل فعلا مثل أن يقول امرأتي طالق ان فعل فلان كذا وكذا فهو كالحالف على فعل نفسه سواء في جميع الوجوه وقد تقدم تفسير ذلك وأما اذا حلف ان يفعل فعلا مثل أن يقول امرأتي طالق ان لم يفعل فلان كذا وكذا ففي ذلك لابن القاسم ثلاثة أقوال (أحدها) أنه كالحالف على فعل نفسه ان يفعل فعلا يمنع من الوطء ويدخل عليه الايلاء جملة من غير تفصيل (والثاني) أنه يتلوم له على

قدر ما يرى أنه اراد بيمينه واختلف هل يطأ فى هذا التلوم أم لا على قولين جاريين على الاختلاف اذا ضرب له أجل لان التلوم كضرب الاجل فان بلغ التلوم على مذهب من يمنعه من الوطء أكثر من أربعة أشهر دخل عليه الايلاء (والثالث) الفرق بين ان يحلف على حاضر أو غائب وهو الذى يأتى على مافى سماع يحيي من كتاب الايمان بالطلاق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما القسم الثالث وهو ان يحلف بالطلاق على مغيب من الامور فان كان مماله طريق الى معرفته لم يعجل عليه بالطلاق حتي يعلم صدقه من كذبه كالقائل امرأتى طالق ان لم يجئ فلان غداً فان مضى الاجل ولم يعلم صدقه من كذبه حمل من ذلك ماتحمل وان كان مما لا طريق له الى معرفته عجل عليه الطلاق ولم يستأن به واختلف ان غفل عن الطلاق عليه حتى جاء الامر علي ماحلف عليه فيتخرج ذلك على ثلاثة أقوال (أحدها) انه يطلق عليه (والثانى) انه لا يطلق عليه (والثالث) انه ان كان حلف على غالب ظنه لامر توسمه مما يجوز له فى الشرع لم تطلق عليه وان كان حلف على ماظهر عليه بكهانة أو تنجيم أو على الشك أوعلى تعمد الكذب طلق عليه وأما الوجه الثاني وهو ان يقيد طلاقه بالصفة بلفظ الوجوب وهو ان يقول امرأتي طالق ان كان كذا وكذا فانه ينقسم على أربعة أقسام (أحدها) ان تكون الصفة آتية علي كل حال (والثاني) ان تكون الصفة غير آتية علي كل حال (والثالث) ان تكون مترددة بين ان تأتى وان لاتأتى من غير ان يغلب أحد الوجهين على الآخر أو يكون الاغلب منهما انها لاتأتي (والرابع) ان تكون مترددة بين ان تأتى أولا تأتي والاغلب منهما انها تأتى (فالاول) يعجل عليه فيها الطلاق باتفاق (والثانى) يتخرج على قولين (والثالث) لا يعجل عليه الطلاق باتفاق (والرابع) يختلف فيه على قولين منصوصين وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ ماجاء في التخيير والتمليك بسم الله الرحمن الرحيم قال الله عز وجل يا أيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن

سراحا جميلا وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فان الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما وكان سبب نزول هذه الآية فيما روي عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها سألته شيئاً من متاع الدنيا اما زيادة في النفقة واما غير ذلك من عرض الدنيا فاعتزل رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه شهراً فأمره الله ان يخيرهن بهذه الآيات بين الصبر عليه والرضى بما قسم لهن والعمل بطاعة الله وبين أن يمتعهن ويفارقهن ان لم يرضين بالذي يقسم لهن وقيل ان ذلك كان من أجل غيرة كانت عائشة رضي الله عنها غارتها فبدأ صلى الله عليه وسلم بعائشة وكانت أحبهن اليه فقال لها أني ذاكر لك أمراً ولا عليك أن لا تعجلي حتي تستأمري أبويك قالت وقد علم ان أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه فخيرها وقرأ عليها القرآن فقالت له هل بدأت بأحد من نسائك قبلي قال لا قالت ففي أي هذا استأمر أبوي فأني أريد الله ورسوله والدار الآخرة وأسألك أن لا تخبرهن بذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم اني لم أبعث معنتا وانما بعثت معلما ومبشرا واني لا تسألني امرأة منهن الا أخبرتها ورؤى الفرح في وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم باختيار عائشة رضى الله عنها الله ورسوله والدار الآخرة ثم تتبع سائر نسائه فجعل يقرأ عليهن القرآن ويخيرهن ويخبرهن بما فعلت عائشة رضى الله تعالى عنها فتتابعن علي ذلك فقصره الله عليهن جزاء علي فعلهن فقال لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من ازواج ولو اعجبك حسنهن الا ماملكت يمينك وكان الله على كل شئ رقيبا وهن التسع نسوة امهات المؤمنين التي توفى عنهن رسول الله صلى الله عليه وسلم عائشة وحفصة وزينب وميمونة وصفية وأم حبيبة وام سلمة وسودة وجويرية واختارت واحدة منهن نفسها وهي بنت الضحاك العامري كذا وقع في المدونة وقيل انه لم يكن عند النبي صلى الله عليه وسلم حين خير أزواجه الا التسع نسوة التي توفى عنهن وهو الصحيح والله أعلم وسيأتى في الجامع بيان هذا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وهذا التخيير الذى أمر الله به نبيه صلى الله عليه وسلم وخير به أزواجه ليس

فيه تمليكهن الطلاق ولا جعله الأمر اليهن في الفراق وانما خيرهن بين أن يخترنه والدار الآخرة ويمسكهن أو يخترن الحياة الدنيا فيمتعهن ويسرحهن كمن قال لامرأته ان كنت راضية بالمقام معي على ما أنت عليه فابقي وان كنت لا ترضين بذلك فاعلميني أطلقك الا أنه من النبي صلى الله عليه وسلم لازواجه اخبار لاخلف فيه لان الله تبارك وتعالى أمره به فأشبه التخيير في وجوب الطلاق للمخيرة باختيارها نفسها وأما من غير النبي صلى الله عليه وسلم فليس ذلك بتمليك ولا تخيير ولا فيه شبه منه وانما هو عدة بالطلاق ان اختارته وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم من التابعين وفقهاء المسلمين فيمن ملك امرأته أوخيرها اختلافا كثيراً اذ لم يرد في ذلك نص فى القرآن يرجع اليه ولا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك أثر يعول عليه فمنهم من جعل قضاء الزوجة من واحدة أو ثلاث ومنهم من جعله على مانواه الزوج مع يمينه ومنهم من قال ليس لها من الطلاق شئ وان خيرها زوجها أو ملكها ومنهم من فرق بين قولها انا منك طالق وأنت مني طالق ومنهم من رأى الخيار فراقا والتمليك طلاقا قبلت أو ردت روي ذلك عن جماعة من السلف وعن ربيعة أنه قاله فى التمليك وهذا القول أضعف الاقاويل لان السنة ترد ذلك والاجماع على ان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إخترنه اذ خيرهن فلم يكن ذلك فراقا ومنهم من فرق بين التخيير والتمليك فلم ير التخيير شيئاً ورأى التمليك واحدة بائنة وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولاحجة لاحد منهم على مذهبه من جهة الرأى الاويعارضها مثلها اذ ليس فى ذلك فى الكتاب والسنة نص يجب التسليم له وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وذهب مالك رحمه الله تعالى الى أن التمليك يفترق من التخيير بما رواه عن عبد الله بن عمر فى موطئه حدث عن نافع ان عبد الله بن عمر قال اذا ملك الرجل امرأته فالقضاء ماقضت الا ان ينكر عليها فيقول لم أرد الاواحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك لها مادامت فى عدتها وهذا أبين ماقيل في ذلك لان الله تبارك وتعالي

جعل أمر الزوجة الى الزوج يملكه أن يطلقها ما شاء من الطلاق فاذا قال الرجل لامرأته أمرك بيدك فقد جعل بيدها ما كان بيده من طلاقها هذا ظاهر اللفظ ويحتمل ان يريد به واحدة واثنتين وثلاثا فان كانت له نية في ذلك قبلت منه مع يمينه وان لم تكن له نية فالقضاء ما قضت به من واحدة أو ثلاث لأنه الظاهر من لفظه ذلك وذهب في التخيير الى أنه لا يكون الا ثلاثا في المدخول بها فان اختارت ثلاثا فهي ثلاث وان اختارت واحدة او اثنتين فلا يكون شيئا لأنه اذا خيرها فانما خيرها في أن تقيم معه في العصمة أو تخرج عنها ولا تخرج عن العصمة الا بالثلاث هذا مفهومه عنده من قصد المخير وان كانت غير مدخول بها كان حكمها حكم المملكة في المناكرة ان زادت على واحدة لانها تبين منه وتخرج عن عصمته بما دون الثلاث وتابع مالكا على ذلك جميع أصحابه الا ابن الماجشون فقال إن المخيرة اذا قضت بواحدة أو ثلاث فهي ثلاث وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وعند مالك رحمه الله تعالى ان الرجل اذا ملك امرأته أمرها أو خيرها فليس له أن يرجع عن ذلك واختلف قوله في الحد الذي يكون اليه أمر المملكة والمخيرة بيدها فكان أول زمنه يقول ذلك بيدها ما لم ينقض المجلس الذي ملكها أو خيرها فيه فان تفرقا منه سقط ما كان بيدها من ذلك الا أن يقيده بالقبول في المجلس وهو قول جل أهل العلم ووجه هذا أن هذا تمليك أمر يقتضي الجواب فوجب أن يكون ذلك بيدها ماداما في المجلس كالمبايعة اذا قال الرجل للرجل ان شئت سلعتي فهي لك بكذا وكذا فهذا لا اختلاف فيه أن ذلك انما يكون له ماداما في المجلس لم يتفرقا عنه ثم قال مالك رحمه الله في آخر زمانه ان أمر المملكة والمخيرة بيدها وان تفرقا من المجلس مالم يوقفها السلطان أو تتركه يطأها ووجه هذا القول أن هذا أمر خطير يحتاج فيه الى الاستخارة والاستشارة فافتقر الى المهلة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها عند تخييره اياها ولا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك وهذا يدل على ان الامر بيدها بعد انقضاء المجلس لو أحبت الاستئمار وبالله سبحانه

وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلاف قول مالك رحمه الله في هذا انما هو اذا واجهها الزوج بالتمليك أو بالخيار أو من فوض الزوج ذلك اليه لاقتضاء ذلك منها الجواب وأما اذا كتب اليها بذلك كتابا أو أرسل اليها رسولا أو جعل أمرها بيدها ان تزوج عليها أو غاب عنها مدة أو أضربها أو ما أشبه ذلك فلم يختلف قول مالك رحمه الله تعالى ان ذلك بيدها وان لم تقض فيه ساعة وجب لها التمليك قيل بيمين وقيل بغير يمين مالم يطل ذلك حتي يتبين انها راضية باسقاط حقها والطول فى ذلك أكثر من شهرين على مافي سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتمليك الا أن يكون الزوج حاضرا حين وجب لها التمليك فتمنعه نفسها فيكون ذلك بيدها وان طال الامر كالامة تعتق تحت العبد فلا ينقطع خيارها بطول المدة مامنعته نفسها لان امتناعها منه دليل علي انها باقية على حقها وروى يحيي عن ابن وهب ان حقها يسقط اذا لم تقض فيه ساعة وجب لها التمليك حتى انقضي المجلس الذى وجب لهافيه قياسا على التمليك الذي يواجه به المملكة وهو قول أشهب فى سماع عبد الملك بن الحسن من الكتاب المذكور وظاهر مافى سماع عيسي من كتاب النكاح فى رسم شهد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والتمليك ينقسم على ثلاثة أقسام تمليك مطلق وتمليك مفوض وتمليك مقيد فاما المطلق وهو ان يقول أمرك بيدك فانه ينقسم علي وجهين (أحدهما) أن يواجهها الزوج بذلك أو من يملك ذلك (والثانى) انلا يواجهها به هو ولا من فوض ذلك اليه وانما كتب اليها بذلك كتابا أو أرسل به اليها رسولا وقد تقدم الكلام على هذا واما التمليك المفوض فهو أن يقول لها امرك بيدك ان شئت أو اذا شئت أو متى شئت فلا يختلف ان الامر بيدها مالم توقف وانما يختلف هل يقطع ذلك الوطء أم لا يقطعه علي قولين فيقطعه على مذهب ابن القاسم ولا يقطعه على مذهب أصبغ واما ان شئت أو اذا شئت فيختلف فيه على ثلاثة أقوال (أحدها) قول مالك

رحمه الله تعالى ان ذلك كالتمليك المطلق سواء (والثانى) قول ابن القاسم ان الامر يكون
بيدها مالم توقف بخلاف مذهبه فى التمليك المطلق (والثالث) قول أصبغ أنه ان قال
ان شئت كان الامر بيدها فى المجلس وان قال اذا شئت كان الامر بيدها حتى توقف
ولا يقطع ذلك الوطء عنده فى اذا بخلاف قوله ان واختلف قول ابن القاسم اذا قال
أنت طالق ان شئت فله فى المدونة ان ذلك تفويض والامر اليها حتى توقف وله
فى الواضحة أنه لا قضاء لها الا فى المجلس بخلاف قوله أمرك بيدك ان شئت وهو
الصحيح وقد تأول بعض الناس على ما لابن القاسم فى المدونة ان امرك بيدك ان
شئت ليس بتفويض بخلاف قوله أنت طالق ان شئت ووجه ذلك بتوجيه بعيد لا
وجه له حكى ذلك أبو النجاء فى كتبه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما التمليك المقيد بصفة فانه ينقسم على وجهين (أحدهما) ان لا يكون
مشترطا عليه فى أصل عقد النكاح (والثانى) ان يكون مشترطاً عليه فى عقد
النكاح فأما اذا لم يكن مشترطاً عليه فى عقد النكاح فانه ينقسم على الاقسام
التي قسمنا عليها الطلاق المقيد بصفة فيما ذكرناه في كتاب الايمان بالطلاق ويجرى
الحكم فيه على ذلك فى الاقسام كلها فما كان منها فى الطلاق يمينا بالطلاق فهو فى
التمليك يمين بالتمليك وما لم يكن منها فى الطلاق يمينا فلا يكون فى التمليك يمينا
وما وجب منها تعجيل الطلاق فيه وجب تعجيل التمليك فيه وكان للمرأة القضاء بما
ملكت فيه من ساعتها وما لم يجب فيه تعجيل الطلاق لم يجب فيه تعجيل التمليك وما
دخل فيها على الحالف بالطلاق الايلاء دخل فيه علي الحالف بالتمليك الايلاء أيضا
حاشا يمينه بالتمليك على زوجته ان يفعل فعلا أو لا يفعله فان الحكم فى ذلك أن توقف
من ساعتها فاما ان تفعل ذلك الفعل ان كان قال لها أمرك بيدك ان فعلت كذا وكذا
او تقول لا افعله ان كان قال لها امرك بيدك ان لم تفعلى كذا وكذا فيجب لها التمليك
او تخالف ذلك فيسقط ما جعل لها منه قياسا علي قوله فى الكتاب امرك بيدك
إن أعطيتنى كذا وكذا وللزوج أن يناكر الزوجة فى جميع مايجب لها التمليك من

ذلك ان قضت بأ كثر من طلقة بنية يدعيها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما اذا كان ذلك مشترطا عليه في عقد النكاح فينقسم ذلك أيضا على الاقسام المذكورة ويكون الحكم فيها سواء الا في وجهين (أحدهما) أن الزوج لا يناكرها (والثاني) ان التمليك لا يلزم اذا قيدته بشرط يعلم انه لا يكون أصلا باتفاق وذلك مثل ان تشترط ان تزوج عليها فأمرها بيدها أو ان مس السماء وما أشبه ذلك لأنها اشترطت مالا منفعة لها فيه فالمناكرة تجب للزوج بثلاثة أوصاف (أحدها) أن لا يكون التمليك مشترطا عليه (والثاني) أن يراعى نية اعتقادها عند التمليك (والثالث) أن يناكرها في الحال فان لم يفعل حتى طال الامر لم يكن له مناكرتها ولا يدخل في ذلك اختلاف قول مالك رحمه الله تعالى في المملكة قاله أبو بكر بن عبد الرحمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واذا خير الرجل امرأته أو ملكها فقد جعل اليها ما كان بيده من الطلاق فان اجابته في المجلس وبعده مالم توقف أو تتركه يطأها على أحد قولي مالك فلا تخلو اجابتها اياه من عشرة أوجه (أحدها) أن تفصح بالطلاق واحدة أو ثلاثا (والثاني) أن تجيب بشيء من كناياته (والثالث) أن تجيب بشيء يحتمل أن تريد به الطلاق وأن لا تريد به الطلاق (والرابع) أن تجيب بما يحتمل أن تريد به الثلاث وأن تريد به الواحدة أو أن لا تبين (والخامس) أن تجيب بما ليس من معنى الطلاق في شيء (والسادس) أن لا تجيب بشيء وتفعل فعلا يشبه الجواب (والسابع) أن تقيد الاختيار بشرط (والثامن) أن تقيد القبول (والتاسع) أن تفوض الإمر الى غيرها (والعاشر) أن تفصح باختيار زوجها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما اذا أفصحت بالطلاق فهو على ما أفصحت به فان أفصحت بالثلاث مثل أن تقول قد طلقت نفسي ثلاثا أو قبلت نفسي أو اخترت نفسي أو حرمت عليك أو برئت منك أو بنت منك فهذا تكون به مطلقة ثلاثا في التخيير وفي التمليك

قبل الدخول وبعده الا أن يناكرها في الخيار قبل الدخول وفي التمليك قبل الدخول وبعده فيكون ذلك له اذا ادعى نيـة ولا تسأل في ذلك عن شئ ولا تصـدق ان ادعت أنها لم ترد الطلاق أو أنها لم ترد بذلك الثلاث وكذلك اذا قالت طلقت نفسي واحدة أو اثنتين لا تسأل عن شيء ولا تصدق ان ادعت أنها لم ترد الطلاق ويكون كما قالت في التمليك الا أن ينكر عليها فيما زادت على الواحدة ولا يكون في التخيير شيئاً وأما اذا أجابت بشيء من كنايات الطلاق مثل أن تقول قد خليت سبيلك أو تركتك أو فارقتك أو رددتك الى أهلك وما أشبه ذلك فيحمل قولها في ذلك على ما يحمل عليـه قول الزوج ابتداء فيما يكون من الطلاق وما ينوى فيه مما لا ينوى وأما اذا أجابت بمـا يحتمل أن تريد به الطلاق وأن لا تريد به الطلاق مثـل أن تقول قد قبلت أمري أو قد اخترت أو قد شئت أو قد رضيت فهذه تسأل عما أرادت بذلك فما قالت قبل منها وجرى الحكم في التخيير والتمليك على حسب ذلك وأما اذا أجابت بما يحتمل أن تريد به الثلاث وأن تريد به الواحدة أو الاثنتين ففي ذلك ثلاثة ألفاظ (أحدها) أن تقول قد طلقت نفسي (والثاني) أن تقول أنا طالق (والثالث) ان تقول قد اخترت الطلاق فأما اذا قالت قد طلقت نفسي فاختلف في ذلك على خمسـة أقوال أحدها انها تسأل في المجلس وبعـده في التخيير والتمليك كم أردت بذلك فان لم تكن لها نيـة فهي ثلاث الا ان يناكرها في التمليك وهو مـذهب ابن القاسم في المدونة (والثاني) انهـا تسأل أيضا في المجلس وبعده في التخيـير والتمليك فان لم تكن لها نية فهو واحـدة تلزم في التمـليك وتسقط في الخيار (والثالث) انها لا تسأل لا في التخيير ولا في التمليك وهي واحـدة تلزم في التمليك وتسقط في الخيار فان قالت في المجلس أردت ثلاثا فهي ثلاث الا ان يناكرها في التمـليك وهو قول ابن القاسم في الواضحة (والرابع) انها لا تسأل في التخيير ولا في التمليك وهي ثلاثة الا أن تقول في المجلس أردت واحدة فتسـقط في الخيار وهو قول أصبغ في الواضحة (والخامس) انهـا لا تسأل في التمليك وهي واحـدة الا أن تريد أكثر من ذلك فيكون للزوج

ان بنا كرها وتسأل في التخيير فان قالت أردت ثلاثا صدقت وكانت ثلاثا وان قالت أردت واحدة أو اثنتين أو لم تكن لى نية أو افترقا من المجلس قبل ان تسأل سقط خيارها وأما ان قالت أنا طالق فلا تسأل فى تمليك ولا تخيير وتكون واحدة تلزم فى التمليك وتسقط في الخيار الا ان تقول في المجلس نويت ثلاثا فيلزم في الخيار ويكون فى التمليك للزوج ان بنا كرها ولا أحفظ فى هذا نص خلاف وأما ان قالت قد اخترت الطلاق فالذى أرى فيه على أصولهم انها تسأل فى التمليك والتخيير لان هذه الالف واللام قد يراد بها الجنس فتكون ثلاثا ويراد بها العهد وهو الطلاق السني المشروع فتكون واحدة فاذا احتمل اللفظ الوجهين وجب ان تسأل ايهما ارادت فان قالت لم تكن لى نية كانت ثلاثا على قول أصبغ فى الواضحة ومذهب ابن القاسم فى المدونة في التى تقول قد طلقت نفسى ولا نية لها انها ثلاثا وواحدة على قول ابن القاسم فى الواضحة في التى تقول قد طلقت نفسى ولا نية لها انها واحدة ويحتمل أن تكون الالف واللام للعهد وهو الطلاق الذي ملكت اياه فيكون ثلاثا وقد كان ابن زرب يتوقف عن الجواب في هذه المسئلة اذ لم يجد فيها فى المدونة والعتبية شيئاً الى ان وجد فى زعمه فى العتبية شيئا دله على انها تكون واحدة الا ان تريد بذلك ثلاثا وهذا الاختلاف الواقع بين ابن القاسم وابن وهب فى الذي يحلف لغريمه بالطلاق ليدفعن اليه حقه الى أجل فيقول صاحب الحق اردت ثلاثا ويقول الغريم اردت واحدة قال فلو كانت هذه اللفظة لا تقع الا على ثلاث تطليقات عند ابن القاسم لما قال القول قول صاحب الحق ولقال هي ثلاث قال صاحب الحق إنه نواها أو لم يقل ولو كانت لا تقع أيضا عند ابن وهب الا على ثلاث تطليقات لما قال القول قول الغريم فلا دليل له فيما استدل به من ذلك على مذهبه لان اللفظ قد يراد بها الواحدة وقد يراد بها الثلاث على ما بيناه فجعلها ابن القاسم ثلاثا على نية المحلوف له وجعلها ابن وهب واحدة على نية الحالف ولا اشكال في المسئلة مع وجود النية بواحدة أو ثلاث وانما الاشكال عند عدمها والصحيح على مذهب ابن القاسم في المدونة ما

ذكرته واستدل على مذهبه فى ذلك بقول الله عز وجل الطلاق مرتان وبحديث
زبرا قالت فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثا فاما الآية فلامتعلق
له فيها واما الحديث فله فيه وجه من التعلق قال اللخمي فان قال قائل لأى شئ
لايكون التخيير ثلاثا اذا قالت قد اخترت الطلاق ولم تنو شيئا اذ لا خيار لها الا فى
الثلاث قيل له يلزمك ان تقول هذا في قولها فى التخيير قد طلقت نفسى ولا نية
لها ثلاثا قلت ما هو بمحال واصبغ يرى أنها ثلاث فى التمليك فكيف فى الخيار
وهو مذهب ابن القاسم في المدونة واما اذا أجابت بما ليس من معنى الطلاق مثل
ان تقول انا أشرب الماء وانا أضرب عبدي وما أشبه ذلك فهذا يسقط اختيارها ولا
تصدق اذا أدعت انها أرادت الطلاق بذلك واما اذا لم تجب بشئ وفعلت فعلا
يشبه الجواب مثل ان تنقل متاعها أو تخمر رأسها وما أشبه ذلك فانها تسأل ماأرادت
بذلك فان قالت لم أرد بذلك الفراق صدقت وان قالت أردت بذلك الطلاق صدقت
فيما قالت منه فان قالت اردت الثلاث كان فى الخيار ثلاثا وكان له في التمليك ان
يناكرها ان ادعى نية وان قالت اردت بذلك الفراق ولم تكن لى نية فى عدد الطلاق
فعلى قول محمد بن المواز رحمه الله تعالى هي فى التمليك واحدة رجعية وفي التفسير
ليحيي عن ابن القاسم انها ثلاث فان سكت ولم ينكر عليها فعلها ولا سألها عماارادت
حتى افترقا من المجلس فقالت بعد افتراقهما منه أردت بذلك ثلاثا فذلك لها الا ان
يناكرها بنية يدعيها وقت القول ويحلف على ذلك قال اصبغ بيمينين يمين انه لم يعلم ان
ما فعلته يلزمه به البتة ولارضى بذلك ويمين انه نوى واحدة وقال ابن المواز يجمع ذلك
فى يمين واحدة وفى العشيرة ليحيي عن ابن القاسم ان انتقالها وسكوتها على ذلك دون
ان يسألها فى المجلس عما تريد بانتقالها يوجب عليه طلاق البتات بكل حال ولا يناكرها
ان قالت أردت الثلاث ولاتصدق ان قالت أردت واحدة واما اذا قيدت الاجابة
بشرط فان الشرط ينقسم على أربعة أقسام (أحدها) ان يكون الشرط يحتمل ان يكون
وان لا يكون (والثانى) ان يكون محتملا أيضا والاغلب منه ان يكون (والثالث)

ان يكون مما يعلم انه لا بد ان يكون في المدة التي يمكن ان يبلغا اليها (والرابع) ان يكون مما يعلم انه لا يكون فأما الوجه الاول وهو مثل ان تقول قد اخترت نفسي إن دخلت محل ضرتي أو ان قدم فلان وما أشبه ذلك ففيه قولان (أحدهما) قول ابن القاسم في المدونة ان الامر يرجع اليها فتقضي أو ترد (والثاني) قول سحنون ان ذلك رد لما جعل لها ولا قضاء لها وأما الوجه الثاني وهو مثل ان تقول قد اخترت نفسي اذا حاضت فلانة فتكون طالقا مكانها على مذهب ابن القاسم وعلى مذهب أشهب يرجع الأمر اليها فتقضي أو ترد واما الوجه الثالث وهو مثل أن تقول قد اخترت نفسي اذا جاء العيد وأهل الهلال وما أشبه ذلك فانها تكون طالقا مكانها وأما الوجه الرابع وهو ان تقول قد اخترت نفسي ان مسست السماء فانه يكون ردا لما جعل اليها ولا يكون لها ان تقضي لا يختلف أصحابنا في جملة هذه الاقسام ولهم في تفاصيلها اختلاف كثير على ماهو مذكور في الامهات فليس هذا موضع ذكره وأما اذا قيدت القول بذلك مثل أن تقول قد قبلت لانظر في امري فهذا يكون الامر بيدها وان انقضي المجلس حتى توقف بلا اختلاف واما اذا فوضت الامر الى غيرها فذلك مثل ان تقول قد شئت ان شاء فلان او قد فوضت امرى الى فلان ففي ذلك قولان (احدهما) أن ذلك جائز ان كان فلان حاضراً أو قريب الغيبة قال في سماع عيسي مثل اليومين والثلاثة وقال في الواضحة اصبغ عن ابن القاسم مثل اليوم وما اشبهه وان كان بعيد الغيبة رجع الامر اليها (والثاني) قول اصبغ انه ليس لها أن تحول الامر الى غيرها وان كان حاضراً ويرجع الامر اليها فتقضي او ترد وقول أصبغ هذا يأتي على رواية علي بن زياد عن مالك رحمه الله في كتاب الخيار من المدونة فتأمل ذلك وأما الوجه العاشر وهو أن تفصح باختيارها زوجها فلا كلام فيه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

﴿ فصل ﴾ هذا تفسير ألفاظ المرأة في الاختيار وأما تقسيم ألفاظ الرجل في الطلاق فانه ينقسم الى ثلاثة أقسام نص وظاهر ومحتمل فالنص ما نص على عدد الطلاق فيه والظاهر مالا ينوى فيه مع قيام البينة عليه لادعائه خلاف ظاهر لفظه وذلك ينقسم

على قسمين (أحدهما) أن يأتى بلفظ ظاهره الطلاق فيقول لم أرد به الطلاق (والثانى) أن يأتى بلفظ ظاهره الثلاث فيقول لم أرد الثلاث فأما اذا أتي بلفظ ظاهره الطلاق فيقول لم أرد به الطلاق وقد حضرته البينة فلا يصدق قبل الدخول ولا بعده وذلك مثل أن يقول امرأتي طالق ثم يقول لم أرد به الطلاق وانما أردت أنها طالق من وثاق وما أشبه ذلك فانه لا يصدق الا أن يأتى بأمر يدل على صدقه فيما ادعى من النية وذلك مثل أن يكون الكلام خرج على سؤال اطلاقه اياها من وثاق كانت فيه واختلف ان علم أنها كانت فى وثاق هل يكون ذلك دليلا على صدقه أم لا على قولين وان أتى مستفتيا صدق على كل حال الا على مذهب من يرى ان مجرد اللفظ دون النية يوجب الطلاق والقولان قائمان من المدونة فان أتى بلفظ ظاهره الثلاث فيقول لم أرد به الثلاث فانه ينقسم على وجهين أحدهما لا يصدق فيه قبل الدخول ولا بعده وذلك مثل ان يقول أنت بائنة (والثانى) يصدق قبل الدخول ولا يصدق بعده وذلك مثل ان يقول أنت خلية أو برية أو حبلك على غاربك وما أشبه ذلك وأما المحتمل فهو ما ينوى فيه حال وان لم تكن له نية حكم على أظهر محتملاته وذلك ينقسم على خمسة أقسام (أحدها) لفظ يحتمل ان يراد به الطلاق ويحتمل ان لا يراد به الطلاق والاظهر ان لا يراد به الطلاق فيحمل عليه ان لم تكن له نية (والثاني) لفظ يحتمل ان يراد به الطلاق ويحتمل أن لا يراد به الطلاق والاظهر أن يراد به الطلاق فيحمل عليه ان لم تكن له نية (والثالث) لفظ يحتمل ان يراد به الثلاث ويحتمل ان يراد به الواحدة والاظهر منه ان يراد به واحدة قبل الدخول وبعده فيحمل عليه ان لم تكن له نية (والرابع) لفظ يحتمل ان يراد به الثلاث ويحتمل ان يراد به الواحدة والأظهر انه يراد به الثلاث قبل الدخول وبعده فيحمل عليه ان لم تكن له نية (والخامس) لفظ يحتمل ان يراد به الثلاث ويحتمل ان يراد به الواحدة والاظهر منه قبل الدخول الواحدة وبعد الدخول الثلاث فيحمل على ذلك ان لم تكن له نية (فالاول) مثل ان يقول لامرأته لست لى بامرأة أو ماأنت لي بامرأة (والثانى) مثل ان يقول لامرأته لا نكاح بيني

وبينك أولا ملك لى عليك (والثالث) مثل أن يقول لامرأته قد طلقتك وأنت طالق وما أشبه ذلك (والرابع) مثل ان يقول لامرأته أنت طالق أنت طالق أنت طالق (والخامس) مثـل ان يقول لامرأته قد خليت سبيلك أو قد خليتك أو قدفارقتك وهذا تقسـيم صحيح ليس يشذ عنه شيء من ألفاظ الطلاق الا رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن قال لاهل امرأته شأنكم بها انها قبل الدخول واحدة الا أن ينوى ثلاثا وبعد الدخول ثلاثا ولا ينوى وما يوجد من الاختلاف فى المذهب فى بعض ألفاظ الطلاق انما هو لاختلافهم فى ذلك اللفظ من أي قسم هو من الاقسام التى ذكرناها فقد روي عن أشهب فى سرحتك انها واحدة في المدخول بها فيأتى من القسم الثالث على مذهبه فافهم هـذا وتدبره تجده صحيحا ان شاء الله تعـالى وبه التوفيق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

كتاب الظهار

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه الظهار تشبيه الرجل وطء من يحل له من النساء بوطء من تحرم عليه منهن تحريما مؤبداً بنسب أو صهر أو رضاع وكانت العرب تكنى عن ذلك بالظهر فتقول امرأتى على كظهر امى ولذلك سمى ظهارا لانه مأخوذ من الظهر وانما اختص الظهر بالتحريم فى الظهار دون البطن والفرج وسائر الاعضاء وان كانت اولى بالتحريم منه لان الظهر موضع الركوب والمرأة مركوبة عند الغشيان فاذا قال الرجل لامرأته انت علىّ كظهر امي فانما أراد ان ركوبها للنكاح عليه حرام كركوب أمه للغشيان فأقام الركوب مقام النكاح لان الناكح راكب واقام الظهر مقام الركوب لانه موضع الركوب وهذا من لطيف الاستعارة للكناية وهو على أربعة اوجه تشبيه جملة بجملة وبعض ببعض وبعض بجملة وجملة ببعض وهى كلها سواء في الحكم الا ان يكون البعض الذى شبه من زوجته أو شبه به زوجته مما ينفصل عنها أو عن المشبه بها من ذوات المحارم كالكلام أو الشعر فيجري ذلك على الاختلاف فيمن طلق ذلك من زوجته وله صريح وكناية فصريحه عند ابن القاسم واشهب وروايتهما عن مالك ان يذكر الظهر فى ذات المحرم وكناياته عند ابن القاسم ان لا يذكر الظهر فى ذات محرم وان يذكر الظهر في غير ذات محرم ومن كناياته عند اشهب ان لا يذكر الظهر فى غير ذات محرم ومن صريحه عند ابن الماجشون ان لا يذكر الظهر في ذات محرم وليس من كناياته عنده أن يذكر الظهر فيغير ذات محرم فلا كناية عنده للظهار والفرق بين الصريح من الظهار وكناياته فيما يوجبه الحكم أما كنايات الظهار ان ادعى أنه أراد به الطلاق صدق ان أتى مستفتيا أو كان قد حضرته البينة وان صريح الظهار لا يصدق ان ادعى أنه أراد به الطلاق اذا حضرت البينة ويؤخذ من الطلاق بما أقر به ومن الظهار بما لفظ به فلا يكون له اليها سبيل وان

تزوجها بعد زوج حتى يكفر كفارة الظهار وقد قيل إنه يكون ظهارا على كل حال ولا يكون طلاقا وان نواه وأراده وهو رواية أشهب عن مالك وأحد قولى ابن القاسم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وكان الظهار فى الجاهلية طلاقا وفي أول الاسلام الى أن أنزل الله عز وجل قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائى ولدنهم وانهم ليقولون منكراً من القول وزورا وان الله لعفو غفور فأخبر تعالى أن لفظ الظهار الذى كانوا يطلقون به نساءهم منكر من القول وزور والمنكر من القول هو الذى لا تعرف حقيقته والزور الكذب وانما قال تعالى فيه انه كذب لانهم صيروا به نساءهم كامهاتهم وهن لا يصرن كأمهاتهم ولا كذوى محارمهم لان ذوى المحارم لا يحللن له أبداً وليس كذلك الاجنبيات فاخرجه الله عز وجل من باب الطلاق الى باب الكفارة ثم أعلمنا كيف يكون الحكم في ذلك فقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ونزلت سورة قد سمع الله قول التى تجادلك في زوجها الى آخر باب الظهار فى امرأة من الانصار اختلف فى اسمها فقيل خولة وقيل خويلة وفى نسبها فقيل انها بنت ثعلبة وقيل بنت الصامت وقيل بنت الدليج وقيل بنت خويلد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وكانت مجادلة هذه المرأة رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها اوس ابن الصامت مراجعتها اياه في أمره وماكان من قوله لها انت علىّ كظهر أمى ومحاورتها اياه في ذلك وذلك انها اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعائشة تغسل شق

رأسه فقالت يارسول الله طالت صحبتي مع زوجي وأكل شبابي ونثرت له بطني حتي اذا كبر سني وانقطع ولدي ظاهر مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حرمت عليه فقالت اشكو الى الله فاقتي اليه ثم قالت يارسول الله طالت صحبتي مع زوجي ونفضت له بطني وظاهر مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حرمت عليه فكلما قال لها ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم هتفت وصاحت وقالت الى الله اشكو فاقتي فنزل الوحي وقد قامت عائشة رضى الله عنها تغسل شق رأسه الآخر فأومت اليها عائشة رضى الله عنها ان اسكتي فلما قضى الوحي قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ادعي لي زوجك فتلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير الذين يظاهرون منكم من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فقال له رسول الله صلي الله عليه وسلم اتستطيع أن تعتق رقبة فقال لا قال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين فقال يارسول الله اني اذالم آكل في اليوم ثلاث مرات خشيت ان يعشو بصري قال فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فهل تستطيع ان تطعم ستين مسكينا قال لايارسول الله الا ان تعينني فاعانه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأطعم ستين مسكيناً وراجعها والأحاديث في هذه القصة كثيرة وفي بعضها ان أوس بن صامت لما ظاهر من امرأته قالت له والله ما أراك الا قد اثمت في شأني لبست جدتي وافنيت شبابي واكلت مالي حتي اذا كبرت سني ورق عظمي واحتجت اليك فارقتني قال فما أكرهني لك اذهبي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فانظري هل تجدين عنده شيئاً في أمرك فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال لها ماأراك الا قد بنت منه فقالت الى الله أشكو فاقتي الى زوجي فقالت عائشة سبحان من وسع سمعه الاصوات فاني لاُرجل رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم اسمع بعض كلامها ويخفي علي بعضه اذ نزل الوحي قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما

الآيات الى آخره فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعتق رقبة الى آخر الحديث وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فالظهار تحريم ثم رفعته الكفارة وهو حرام والدليل على تحريمه أن الله سماه منكراً من القول وزوراً والزور الكذب والكذب حرام باجماع ووصف نفسه فى آخر الآية بالعفو والغفران ولا يغفر ولا يعفو الا عن المذنبين والكفارة لا تجب بمجرد لفظ الظهار حتى تنضاف اليه العودة فى قول جماعة العلماء حاشا مجاهد فانه أوجب الكفارة عن المظاهر بمجرد الظهار وليس ذلك بصحيح لقول الله عز وجل ثم يعودون لما قالوا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلفوا في العودة الموجبة على المظاهر الكفارة على ستة أقوال (أحدها) ارادة الوطء والاجماع عليه وهو قول مالك فى موطئه انه اذا أراد الوطء واجمع عليه فقد وجبت عليه الكفارة وان مات أو طلقها (والثاني) انها ارادة الوطء والاجماع عليه مع استدامة العصمة فمتى انفرد أحدهما دون الآخر لم تجب الكفارة فان أجمع على الوطء ثم قطع العصمة بطلاق فلم يستدمها أو انقطعت بموت سقطت الكفارة وان كان قد عمل بعضها سقط عنه سائرها وكذلك ان استدام العصمة ولم يرد الوطء ولا اجمع عليه لم تجب عليه الكفارة بل لاتجزئه ان فعلها وهو غير عازم على الوطء ولا مجمع عليه هذا قول مالك فى المدونة وعليه جماعة أصحابه وهو أصح الاقاويل واجراها على القياس واتبعها لظاهر القرآن لانه اذا أراد الوطء وجب عليه تقديم الكفارة قبله لقول الله عز وجل من قبل أن يتماسا مالم تنقطع العصمة أو ترجع لبيته عن ارادة الوطء الا أن يطأها فان وطئ لزمته الكفارة وترتبت فى ذمته ككفارة اليمين بالله تعالى اذا حنث فيها الا أن الحالف بالله مخير بين أن يقدم الكفارة قبل الحنث أو يحنث قبل الكفارة والظهار لايجوز أن يطأها قبل الكفارة لقول الله عزوجل من قبل أن يتماسا (والثالث) أن العودة الوطء نفسه وقد روي هذا القول عن مالك حكي الثلاثة الاقوال عنه عبد الوهاب فعلى هذا القول لاتجزئه الكفارة

قبل الوطء وان أراد الوطء وأجمع عليه واستدام العصمة فله أن يطاق قبل الكفارة فاذا وطئ وجبت عليه الكفارة ان أراد الوطء ثانية واستدام العصمة فان رجعت نيته عن الوطء وانقطعت العصمة بموت أو فراق سقطت عنه الكفارة مالم يطأها ثانية وقد حكي هذا القول أصبغ فى العتبية عن أهل المشرق ومن يرتضي من أهل المدينة (والرابع) قول الشافعى رحمه الله ومن قال ان العودة استدامة العصمة وترك الفراق وأنه متى ظاهر من زوجته لم يطلقها طلاقا متصلا بالظهار فقد وجبت عليه الكفارة وهو قول فاسد يدل على فساده القرآن واللغة على أن أصحابه يدعون له علم اللغة لان الله تبارك وتعالى قال ثم يعودون وثم يوجب التراخي عند جميع أهل اللغة لااختلاف بينهم أن الرجل اذا قال لقيت زيداً ثم عمراً أن المفهوم من قوله لقي عمرو بعد زيد بزمان والعصمة لم تنفصل بالظهار فكيف يصح أن يقال ثم يكون كذا لما لم يزل كائنا هذا محال وقوله هذا خطأ أيضا من وجه آخر لانه انما أوجب عليه الكفارة بترك الطلاق فيكون معني قوله تعالى على مذهبه ثم يعودون بمعنى ثم لم يطلقوا وقوله تعالى ثم يعودون ايجاب ولم يطلقوا نفي ولو صح ذلك لكان الايجاب نفيا والنفي ايجابا وهذا محال وقوله خطأ أيضا من وجه ثالث وهو أن قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا يوجب أن يحدث منهم شئ لم يكن قبل والمظاهر لم يطلق في حال الظهار ولا قبله فاذا ظاهر ثم لم يطلق بعد الظهار فهو كما كان قبل لم يحدث منه شئ بعد لافعل ولا قول فيستحيل معنى قوله ثم يعودون لان العائد انما يعود لشئ كان فارقه والمظاهر لم يفارق زوجته بالظهار وانما فارق به المسيس فهو المعنى المقصود بالعودة اليه والله أعلم وقد احتج بعض أصحاب الشافعى رحمه الله تعالى له فى ان العودة تركه زوجه لقوله تعالى يريدون أن يخرجوا من النار وماهم بخارجين منها وقال تعالى كلما أرادوا أن يخرجوا منهامن غم أعيدوا فيها فسمي تعالى بقاءهم في النار واقرارهم فيها اعادة وهذا لاحجة فيه لانه يحتمل أن يكونوا نحاملوا للخروج كاضطراب المجلود فتأخذه المقامع فترده الى حالته الاولى ولو صح بما احتج به أن يكون البقاء

اعادة لما كان في ذلك حجة لان الله تبارك وتعالي انما أوجب الكفارة بالعودة لما كان ممنوعا منه بالظهار وهو الوطء وأما العصمة فلم يكن ممنوعا منها بالظهار ولا منفصلا عنها وروي عن ابن نافع أن الكفارة تصح مع استدامة العصمة وان لم ينو المصاب ولا أراده وهو شاذ خارج عن أقاويل العلماء لا وجه له الا مراعاة قول من أوجب عليه الكفارة بمجرد استدامة العصمة وهو وجه ضعيف كيف تصح له الكفارة ويحل بها الظهار وهو لم يرد التحلل اذ قد فعلها وهو لا يريد المصاب (والخامس) ان العودة ان يعود فيتكلم بالظهار مرة أخرى وهو مذهب داود وأهل الظاهر وروي مثله عن بكير بن الاشج وهو قول فاسد بين الفساد لبعده من النظر وخلافه الآثار وحديث التظاهر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قد رواه بكير بن الاشج وغيره فكلهم ذكر انه ظاهر مرة واحدة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالكفارة فليس معني قول الله عز وجل ثم يعودون لما قالوا ان يرجعوا الى نفس القول بالظهار لان القول الاول لايخلو من ان يكون أوجب الظهار أولم يوجبه فان كان أوجبه فالثانى تأكيد له وان كان لم يوجبه فالثاني لا يوجبه أيضاً لانه مثله وانما معني قوله ثم يعودون لما قالوا أي يعودون فى تحريم ماحرموه على أنفسهم من أزواجهم بتظاهرهم وهو الوطء فيتحللونه بارادة الوطء والاجماع عليه (والسادس) ماذهب اليه ابن قتيبة ان المعنى فى قوله ثم يعودون لما قالوا أنه العودة فى الاسلام الى نفس القول بالظهار الذي كانوا يظاهرون به في الجاهلية ويعدون طلاقا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد قيل إن الآية فيها تقديم وتأخير وتقديرها والذين يظاهرون من نسائهم فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ثم يعودون لما قالوا واختلف فى قوله تعالى من قبل أن يتماسا فحمله اكثر أهل العلم على عمومه فقالوا لايقبل المظاهر ولا يباشر ولا يمس حتى يكفر وهومذهب مالك وأكثر

أصحابه وقال الحسن وعطاء والزهري وقتادة ليس على عمومه والمراد به الوطء خاصة فللمظاهر أن يقبل ويباشر ويطأ في غير الفرج وانما نهى عن الجماع واختلف الذين حملوا الاية على عمومها فى الوطء وما دونه ان قبل أو باشر فى خلال الكفارة قبل ان تمها فقال أصبغ وسحنون يستغفر الله ولاشئ عليه وقال مطرف يبتدئ الكفارة فالامتناع مماعدا الوطء على مذهب مطرف واجب وعلى مذهب أصبغ وسحنون مستحب وعلى مذهب الحسن ومن قال بقوله مباح واما الوطء فلا خلاف في وجوب الامتناع منه الا على مذهب من يرى العودة فانه أباح له الوطء مرة وقد تقدم ذكر ذلك وأصل الظهار فى ذوات المحارم فاذا ظاهر بشئ من ذوات المحارم وهو مظاهر سمى الظهار أو لم يسمه أراد بذلك الظهار أو لم تكن له نية فان أراد بذلك الطلاق ولم يرد به الظهار فقول ابن القاسم فى رواية عيسى عنه من كتاب الايمان بالطلاق انه يكون طلاقا بتاتا ولا ينوى في واحدة ولا اثنين وقال سحنون ينوي فيما أراده من الطلاق وهو الاظهر لانه لفظ بما ليس من ألفاظ الطلاق فوجب أن يوقف الامر على ما نوى بذلك هـذا نص قول ابن القاسم أنه اذا ظاهر بذات محرم وأراد بذلك الطلاق انه طلاق سمي الظهار أو لم يسمه ومساواته فى هذا الوجه بين أن يسمى الظهار أو لا يسميه انما يصح على مذهبه فيما بينه وبين الله تعالى اذا أتى مستفتيا وأما اذا حضرته البينة وطولب بحكم الظهار فان كان قد سمى الظهار حكم عليه بالظهار لان البينة قد حضرته بالافصاح به ولم يصدق في طرح الكفارة عن نفسه وقضى عليه بالطلاق لاقراره أنه نواه وأراده وكان من حق المرأة إن تزوجها بعد زوج أن تمنعه نفسها حتي يكفر كفارة الظهار وان كان لم يسم الظهار لم يحكم عليه بالظهار وصدق أنه لم يرد الظهار اذا لم يصرح به وهـذا أصل من أصولهم أن من ادعي نية مخالفة لظاهر لفظه لا يصدق فيها وقول ابن الماجشون أنه يكون ظهاراً ولا يكون طلاقا وان نواه وأراده وحجته أن الذى ظاهر على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأنزل الله فيه الكفارة قد أراد الطلاق على ما كانوا يعرفونه فى الجاهلية فلم يكن ذلك طلاقاً

فالزمه ابن الماجشون الظهار بمجرد اللفظ دون النية وان أتى مستفتيافيما بينه وبين الله ويلزمه مثل ذلك في الطلاق وهو قول مالك في المدونة فيمن قال لامرأته انت طالق وقال اردت من وثاق والاختلاف في هذا قائم من المدونة ولم يلزمه ابن الماجشون الطلاق وهو قد أراده بلفظ انت على كظهر امي اذ ليس هو من الفاظ الطلاق لان الله قد أخرجه عن ان يكون من الفاظه فمن لفظ على مذهبه بحرف ليس من حروف الطلاق وأراد به الطلاق لم يلزمه طلاق وهو قول مطرف في الثمانية وروايته عن مالك وقال اشهب عن مالك انه يكون طلاقا ان لم يسم الظهار وظهاراً ان سماه وهذا الاختلاف كله ان نوي الطلاق واما ان لم تكن له نيـة أو نوي الظهار فهو ظهار سمى الظهار أولم يسمه وقد فسر بعض الشيوخ ما في المدونة برواية أشهب عن مالك وحكى أبو اسحاق التونسي انه مذهب ابن القاسم في كتاب ابن المواز والصواب ان تفسير ما في المدونة برواية عيسى عن ابن القاسم وعلى رواية أشهب عول أبو بكر الابهرى فقال ان صريح الظهار ظهار وان نوى به الطلاق كما ان صريح الطلاق طلاق وان نوي به الظهار وهذا لايصح على مذهب ابن القاسم في رواية عيسى عنـه بل يخالف في الطرفين فيقول ان الرجـل اذا قال لامرأته أنت طالق وقال أردت بذلك الظهار يلزمه الظهار بما أقر من نيته والطلاق بمـا أظهر من لفظه وقد بينا مذهبه في الظهار وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما الظهار بالاجنبية فاختلف فيـه على ثلاثة أقوال (احدها) أنه لا يكون مظاهراً بالاجنبية قول ابن الماجشون سمى الظهار أو لم يسمه أراد بذلك الظهار أولم يرده وتكون امرأته بتظاهره منها بالاجنبية طالقا الا أن يريد بقوله مثل فلانة في هوانها عليه ونحو هـذا فينوى في ذلك ولا يلزمه شئ وقد رأيت لبعض الشيوخ أنه قال معنى قول ابن المـاجشون أنه لا يكون مظاهراً بالاجنبية اذا لم تكن له نية وأراد الطلاق وأما ان قال أردت بذلك الظهار فان الظهار يلزمه أن يزوجها بعد زوج يؤخذ بالطلاق بقوله وبالظهار بنيته والصحيح من مذهبه أن الظهار لا يلزمه بشئ من

الاجنبية وان نواه وأراده كما لا يلزمه الطلاق بذوات المحارم وان نواه وأراده اذ لا فرق بين الموضعين (والثانى) رواية أبي زيد عن أشهب يكون مظاهراً بالاجنبية سمي الظهار أو لم يسمه (والثالث) قول ابن القاسم فى المدونة أنه ان سمى الظهار فهو ظهار الا أن يريد بذلك الطلاق وان لم يسمه فهو طلاق ولا يصدق أنه أراد الظهار بذلك الا ان أتى مستفتيا فان لم يات مستفتيا وحضرته البينة الزم الطلاق بما شهد به عليه من لفظه والظهار بما أقر به علي نفسه من نيته وان تزوجها بعد زوج لم يقربها حتي يكفر كفارة الظهار وهو الذى يأتي على مذهبه ولا نعرف ذلك له نصا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والظهار ينقسم على قسمين ظهار مطلق غير مقيد وظهار مقيد كالطلاق سواء فاما الظهار المطلق فهو قول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمي واما الظهار المقيد فانه ينقسم على الاقسام التى قسمنا عليها الطلاق المقيد بصفة فيما ذكرناه فى كتاب الايمان بالطلاق ويجرى الحكم فيه على ذلك فى الاقسام كلها فما كان منها فى الطلاق يمينا بالطلاق فهو فى الظهار يمين بالظهار ومالم يكن في الطلاق يمينا بالطلاق فلا يكون فى الظهار يمينا بالظهار وما وجب فيها تعجيل الطلاق فيه وجب تعجيل الظهار فيه ولم يكن له الوطء الا بعد الكفارة ومالم يجب فيه تعجيل الطلاق لم يجب فيه تعجيل الظهار ومادخل فيه على الحالف بالطلاق من الايلاء دخل فيه على الحالف بالظهار الايلاء أيضاً فتدبر ذلك وقس عليه ان شاء الله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد قلنا إن الظهار تحريم ترفعه الكفارة فاذا وجب باطلاقه وبحصول الصفة التي قيده بها فلا يسقطه زوال العصمة وتعود عليه بعد الطلاق ثلاثا ان تزوجها بخلاف ما اذا طلقها قبل حصول الصفة التى علق الظهار بها فهذا ان كان الطلاق ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج سقط عنه الظهار وان كان الطلاق أقل من ثلاث واحدة أو اثنتين رجع عليه الظهار ووقع بحصول الصفة وما لم يتزوجها في الوجهين جميعاً بعد الطلاق فلا شئ عليه الا ان يكون قد وطئ بعد وجوب الظهار عليه فتكون الكفارة

قد لزمته وترتبت في ذمته وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والظهار يكون من كل من يحل وطؤها بملك يمين أو نكاح وان كان الوطء ممتنعاً في الحال لعارض لا يؤثر في صحة الملك أو النكاح مثل الحيض والنفاس والصغر والصوم والاعتكاف لقول الله عز وجل الذين يظاهرون منكم من نسائهم فهم جميع النساء التي يحللن لهم بالملك والنكاح لان أمة الرجل من نسائه التي احل الله له وطأها وقال والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت ايمانهم فانهم غير ملومين واجمع أهل العلم ان من وطئ أمة حرمت عليه أمها وابنتها لقول الله عز وجل وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان كان الوطء ممتنعا على كل حال كالرتقاء والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الجماع أو العنين أو الخصي المقطوع الذكر ففي لزوم الظهار في ذلك اختلاف فمن ذهب الي أن الظهار يتعلق بالوطء وما دونه ألزمه الظهار ومن ذهب الى أنه انما يتعلق بالوطء خاصة دون ما دونه من دواعيه لم يلزمه الظهار هذا على اختلافهم في تأويل قول الله عز وجل من قبل أن يتماسا هل هو محمول على عمومه في الوطء وما دونه أو مخصص في الوطء خاصة دون ما دونه وقد تقدم ذكر ذلك وقد أجرى اللخمي قول الرجل لامرأته قبلتك أو ملامستك علىّ كظهر أمي على هذا الاختلاف فانظر في ذلك وأما ان امتنع الوطء لعارض يؤثر في صحة الملك كالكتابة أو عقد العتق الى أجل أو في صحة النكاح كالشروط التي تفسد النكاح ويجب فسخه بها لم يلزمه الظهار فيها بقوله هي علىّ كظهر أمي الا أن يريد في المملوكة نكاحا فاسداً أو المعتقة الى أجل ان تزوجها أو في المكاتبة ان عجزت أو تزوجها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف من هذا المعنى في مسئلة وهي اذا أسلم المجوسي وله زوجة مجوسية فظاهر منها ثم أسلمت بالقرب فقال ابن القاسم ان الظهار يلزمه لانها لما

أسلمت بالقرب وبقيت معه على العصمة دل ذلك على أن ظهاره منها وقع في حال العصمة الا أنه كان ممنوعا منها لعارض لم يؤثر فى صحة النكاح فأشبه الحيض والاعتكاف وقال أشهب ان الظهار لا يلزمه قال ابن يونس لانها كانت حينئذ غير زوجة وذلك غير صحيح لانها لو كانت غير زوجة لم ترجع اليه الا بنكاح جديد بل هي فى ذلك الوقت زوجة الا أن لها أن تختار فراقه باختيار دينها وثبوتها عليه فليس كون الفراق بيدها مما يمنع وقوع الظهار عليها ألا ترى أن الرجل ان قال لامرأته ان تزوجت عليك فأمرك بيدك ثلاثا فتزوج عليها ثم ظاهر منها ان الظهار يلزمه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وانظر على مذهب ابن القاسم ان ظاهر منها بفور أسلامه في حين لو أسلمت لبقيت معه على النكاح فعرض عليها الاسلام فأبت فوقعت الفرقة بينهما ثم أسلمت فتزوجها هل يرجع عليها الظهار أم لا فان قلت ان اسلامه لا يقطع العصمة الا أن يطول الامد أو توقف فتأبى الاسلام وهو الظاهر من قول ابن القاسم وقع عليها الظهار ولم يقربها ان تزوجها بعد الاسلام حتى يكفر وان قلت ان حالها فى ذلك الوقت مترقب لا يقال انها زوجة ولا انها غير زوجة لم يقع عليها الظهار واما ان يقال انها باسلام الزوج غير زوجة على ما علل به ابن يونس قول أشهب فلا يصح لما قدمناه وبالله سبحانه وتعالي التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وقد رأيت لبعض الغربيين ان الرجل إذا ظاهر من مكاتبته فعجزت ان الظهار يلزمه قياساً على ظاهر هذه المسئلة وقاله أيضا فيمن ظاهر من معتقته الى أجل أو من أمة له فيها شرك فتزوجها بعد عتقها وهو غلط بين لان المكاتبة والمعتقة الى أجل واللتى فيها شرك لسن من نسائه اذ ليس هن من ملك يمينه ولا أزواجه والله يقول والذين يظاهرون من نسائهم والظهار ليس بطلاق الا أنه يضارع الطلاق في بعض الوجوه واليمين بالله على ترك الوطء في بعض الوجوه فيضارع الطلاق فى أنه يقع بيمين وبغير يمين وفى أن الاستثناء فيه بمشيئة الله غير عامل الا أن يكون يمين ويرد

الاستثناء الي الفعل علي أحد القولين ويضارع اليمين بالله علي ترك الوطء فى سقوطه بالكفارة قبل الوطء وفي لزوم الكفارة بالحنث بالوطء وان كان ذلك ممنوعا فى الظهار على الصحيح من الاقوال بخلاف اليمين بالله على ترك الوطء اذ لا اختلاف أن الحنث فى اليمين بالله تعالى مباح قبل الكفارة وانما اختلفوا فى جواز الكفارة قبل الحنث وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا وجب عليه الظهار بقول أو فعل لم يسقطه عنه لزوال العصمة بانقطاع جميع الملك ويرجع عليه ان تزوجها بعد زوج بلا خلاف وأما ان طلقها ثلاثا بعد يمينه بالظهار وقبل الحنث ثم تزوجها بعد زوج فلا يعود عليه الظهار واختلف اذا ظاهر من زوجته وهى أمة بيمين ثم اشتراها قبل أن يحنث بيمين هل تعود عليه اليمين أم لا فذهب بعض الشيوخ الى أن اليمين لا تعود عليه لانه ملك يمين لا ملك عصمة فهو غير الملك الاول كملك العصمة بعد الطلاق ثلاثا قال الا أن يبيعها ثم يتزوجها فانه تعود عليه اليمين لانه بقي له فيها طلقتان واليمين تعود عليه مابقى من طلاق ذلك الملك شئ وذهب بعضهم الى أن اليمين بالظهار تعود اليه اذا اشتراها كما لو طلقها واحدة وقد كان ظاهر منها بيمين انها تعود عليه ان تزوجها والذى أقول به انه ان ورث جميعها أو أو اشتراها جميعا صفقة واحدة فاليمين باقية عليه لا تسقط عنه اذ لم تحرم عليه بخروجها من عصمة النكاح الى ملك اليمين ولا أقول انها تعود عليه اذ لا يكون العود الا بعد المفارقة وأما اذا ورث بعضها أو اشتري بعضها فحرمت عليه بذلك ثم اشترى بقيتها فحلت بالملك فاليمين لا تعود عليه لان ملك اليمين غير ملك العصمة وملك اليمين من ملك العصمة أبعد من ملك العصمة الثانية من ملك العصمة الأولى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما من ظاهر من امته بيمين ثم باعها ثم اشتراها فان اليمين ترجع عليه على مذهب ابن القاسم لانه يتهم فى اسقاط اليمين عن نفسه وان بيعت عليه فى الدين أو اشتراها ممن بيعت عليه فى الدين وانما لا تعود عليه اليمين اذا رجعت اليه بميراث

بمنزلة من حلف بحرية عبده انه لا يفعل فعلا فباعه ثم اشتراه والاختلاف الذى في تلك يدخل في هذه فان وطئ المظاهر بعد وجوب الظهار عليه بقول أو فعل أدب جاهلا كان أو عالما وترتيب الكفارة بعد وجوب الظهار عليه بقول أو فعل فى ذمته ولم يسقطها عنه موت ولافراق على مذهب من رأي العودة الاجماع على الوطء مع استدامة العصمة وهو المشهور فى المذهب واما على مذهب من رأي العودة الوطء نفسه فلا تجب عليه الكفارة باول وطء وله ان يطأ امرأته فاذا وطئ لم يكن له ان يطأ مرة ثانية حتى يكفر وقد روي هذا القول عن مالك وقد ذكر اصبغ فى العتبية انه قول أهل المشرق وبعض من يرتضى من أهل المدينة وروى عن مجاهد انه اذا وطئ قبل ان يشرع فى الكفارة لزمته كفارة أخرى اذ من مذهبه ان المظاهر تلزمه الكفارة بمجرد لفظ الظهار وان ماتت المرأة أو طلقها فانظر هل يقال مثل هذا على ماروي عن مالك ان الكفارة تلزم المظاهر بمجرد الاجماع على الوطء وقد روى عن غير مجاهد ان المظاهر اذا وطئ قبل الكفارة سقطت عنه الكفارة لانه قد فات موضعها لقول الله عز وجل من قبل ان يتماسا فيأتى فيمن وطئ قبل الكفارة أربعة أقوال أحدها انه لايجب عليه شئ وتسقط عنه الكفارة والثانى ان الكفارة لا تجب عليه الا مع ارادة العودة واستدامة العصمة والثالث ان الكفارة تجب عليه وتترتب فى ذمته أراد العودة أو لم يردها وان ماتت أو طلقها والرابع انه يجب عليه كفارتان وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

كتاب الايلاء

﴿ فصل ﴾ في معرفة اشتقاق اسم الايلاء والايلاء والتألى هو الامتناع من فعل الشئ أو تركه باليمين على ذلك يقال من ذلك آلى يولى ايلاء والية وتألى تأليا وائتلاء وائتلى يأتلى ائتلاء قال الله تعالى ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة ان يؤتوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين في سبيل الله الى قوله غفور رحيم نزلت هذه الآية في أبي بكر الصديق رضى الله عنه ان الله تبارك وتعالى لما أنزل عذر عائشة رضي الله عنها وبراءتها مما كانت قذفت به حلف أبو بكر رضى الله تعالى عنه ان لا ينفق على مسطح بن اثاثة وكان ابن خالته وعلى غيره من قرابته لما كانوا خاضوا فيه وتكلموا به في ابنه عائشة رضى الله عنها فأنزل هذه الآية فقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه لما نزلت والله انى لأحب أن يغفر الله لى فرجع اليهم النفقة وقال لا أقطعها عنهم أبداً وقال رسول صلى الله عيه وسلم في التألى تألى أن لا يفعل خيراً في الذى حلف أن لا يضع عن صاحبه ولا يقيله في تمر كان باعه منه فوضع فيه وقال الشاعر في الايلاء

فآليت لا آتيك ان كنت مجرما ولا أبتغى جاراً سواك مجاوراً

فهذا هو الايلاء في اللغة وهو في الشرع على ما هو عليه في اللغة الا أنه قد تعرف في الشرع في الحلف على اعتزال الزوجات وترك جماعهن من حيث ذكره الله في كتابه ونص على الحكم فيه وأصل ذلك أن الرجل كان في الجاهلية اذا كره المرأة وأراد تقييدها أن لا تنكح زوجا غيره حلف عليها أن لا يقربها فيتركها لا ايماً ولا ذات بعل اضراراً بها وفعل ذلك في أول الاسلام فحد الله للمولى من أمر الله حداً لا يتجاوزه وخيره بين أن يفئ فيرجع الى وطء امرأته أو يعزم على طلاقها فقال تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ معنى الكلام للذين يحلفون ان يعتزلوا من نسائهم تربص أربعة أشهر والتربص التوقف والتنظر وترك ذكر ان يعتزلوا في التلاوة اكتفاء بدلالة ماظهر من الكلام عليه ومثل هـذا في القرآن كثير من ذلك قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر معناه فافطر فعدة من أيام أخر وقوله فقلنا اضرب بعصاك الحجر فانفلق معناه فضرب فانفلق ومن ذلك قوله تعـالى ولو ان قرآنا سـيرت به الجبال أو قطعت به الارض أو كلم به الموتى بل لله الامر جميعاً لان المعـنى في ذلك لكان هذا القرآن أو لما آمنوا به فحذف الجواب لدلالة الكلام عليه وذلك ان الكفار قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم باعدلنا بين الجبال بمكة حتى نجعل بينها بساتين أو قرب لنا الشام فان متجرنا اليها أو احي لنا فلانا وفلانا حتى نسألهم ان كان ماتقول حقافانزل الله عز وجل ولو ان قرآنا سـيرت به الجبال أو قطعت به الارض أو كلم به الموتى فحذف الجواب لدلالة الكلام عليهوقد قيل ان الجواب مقدموهو قوله وهم يكفرون بالرحمن ولو ان قرآنا الآية والاول أولى ان الجواب محذوف أولى من ان المعني في الآية اضمار ان يعتزلوا لدلالة الكلام عليه مع ورود الآية على سبب يقتضيه وهو ما كانوا يفعلونه من الحلف على اعتزال نسائهم اضراراً بهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والفيء الرجوع يقال فاء فـلان يفيء فيأ وفيئة مثـل الجيئة وفاء الظل يفيء فيأ وفيوءاً وقيل في الاول فيوءاً فمعنى قوله تعالى فان فاؤا أي فان رجعوا الى ماكانوا عليه ان لا يفعلوه من وطء نسائهم ففعلوه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف في قوله تعـالى فان فاؤا هل المراد بذلك في الاربعـة الاشهر أو بعدها وعلى هذين التأويلين يأتي الاختلاف الواقع بين أهل العـلم في حكم المولى بعد انقضاء الاجل فذهب مالك رحمه الله في المشهور عنه وجميع أصحابه الى انه لا يقع عليـه طلاق وان مرت له سنة حتى يوقف فاما فاء واما طلق قال سـهيل بن أبي

صالح عن أبيه سألت اثنى عشر من أصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم عن الرجل يولى من امرأته فكلهم يقول ليس عليه شئ حتى تمضى أربعة أشهر فيوقف فاما فاء واما طلق وهو مذهب أهل المدينة وقول الشافعى وابى ثور وأبى عبيد وأحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه رحمهم الله تعالى لأن المعنى عندهم فى قوله تعالى فان فاؤا أي بعد الاربعة الاشهر توسعة وان الايقاف بعدها روى عنه أن الفيء في الاربعة الاشهر توسعة فاذا انقضت طلق عليه ولم يؤمر بالفيئة بعدها وهو قول ابن شبرمة وروى مثله عن سعيد بن المسيب وأبى بكر بن عبد الرحمن ومكحول وابن شهاب حكي الروايتين عن مالك بن خوازمنداد فى كتاب أحكام القرآن له وروى أشهب عن مالك فى العتبية أنه اذا وقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فقال أنا أفيء أمهل حتى تنقضى عدتها فان لم يفعل بانت منه بانقضاء عدتها وهي قولة بين القولين على طريق الاستحسان غير جارية على قياس وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فان وقف علي المشهور عنه فلم يفيء ولا طلق طلق عليه الامام طلقة يملك فيها الرجعة وقال غير هؤلاء يحبس حتى يفيء أو يطلق وقال أهل العراق يقع على المولى بانقضاء أجل الايلاء طلقة بائنة وهو قول ابن مسعود من الصحابة وزيد بن ثابت وروي مثله عن عثمان وعلى فجمل هؤلاء قوله تعالى فان فاؤا على أن المراد بذلك قبل تمام الاربعة الاشهر وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقوله فان الله غفور رحيم معناه على قوله غفور لهم فيما اجترموا من الحلف على ترك وطء نسائهم وتحنيث أنفسهم بالفيء الى ذلك رحيم بهم وبغيرهم من عباده المسلمين وقيل انما معني غفور فيما بعد الاربعة الاشهر لان الله تعالي قد أباح للمولى التربص أربعة أشهر والغفران انما يكون فيما هو محظور لم تتقدم فيه اباحة وهذا التأويل يشذ فى مشهور قول مالك ومن تابعه عليه في أن المولى لا يقع عليه طلاق مالم يوقف وان مكث سنة أو أكثر وقيل ان الفيء يسقط عنه الكفارة

لقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وهو مذهب الحسن والنخعي وغيرهما ممن يرى ان كل حانث في يمين هو في المقام عليها حرج فلا كفارة عليه في حنثه وان كفارتها الحنث فيها والذي عليه جمهور الفقهاء وعامة العلماء ايجاب الكفارة على من حنث في يمينه براً كان الحنث فيها أو غير بر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقوله عز وجل وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم عزيمة الطلاق على مذهب مالك ومن قال بقوله ان عزيمة الطلاق ايقاعه كما ان عزيمة النكاح في قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ايقاع عقده والدليل على ذلك قوله تعالى وان عزمو الطلاق فان الله سميع عليم وسميع لا يكون الا للنطق لان الكلام هو الذي يسمع قال الله تعالى والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير وأما انقضاء أجل الايلاء فليس بمسموع انما هو معلوم فلو كان عزم الطلاق في قوله تعالى وان عزموا الطلاق هو وقوعه بانقضاء أجل الايلاء كما قال أهل العراق لما كانت الآية مختومة بذكر اخبار الله عن نفسه انه سميع عليم كما لم يختم الآية التى ذكر فيها الفيء الى طاعة الله في مراجعة وطء زوجته بذكر الخبر عن الله أنه شديد العقاب اذ لم يكن موضع وعيد على معصية وانما كان موضع وعد منه بالرحمة والغفران لمنيب أناب الى طاعته فكذلك ختم الآية التى فيها القول بصفة نفسه انه سميع عليم لانه للكلام سميع وبالفعل عليم فقال تعالى وان عزم المولون على طلاق من آلوا منهن فان الله سميع لطلاقهم اياهن عليم بما آتوا اليهن مما يحل لهم ويحرم عليهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما اليمين علي ترك الوطء فانه ينقسم علي ثلاثة أوجه (أحدها) أن يحلف على ذلك بالله أو بما كان في معني اليمين بالله مما يوجبه على نفسه ان وطئ كالصلاة والصدقة وما أشبه ذلك مما فيه قربة أو طلاق غير المولى منها أو عتق بعينه أو بغير عينه (والثانى) أن يحلف على ذلك بطلاق المولى منها (والثالث) أن يحلف على ذلك بما ينعقد عليه بالحنث فيه حكم ولا يلزمه بمجرده شيء فأما اذا

حلف على ذلك باليمين بالله أو بما كان في معناه مما ذكرناه فانه على وجهين (أحدهما) أن يقول والله لا أطأ امرأتي (والثاني) أن يقول والله لا أطأها حتى أفعل كذا وكذا فأما الوجه الاول فانه مول من يوم حلف ويوقف اذا حل الاجل فاما فاء بالوطء واما طلق عليه وأما الوجه الثانى فانه لا يخلو من وجهين (أحدهما) أن يكون ذلك الفعل الذي حلف أن لا يطأ حتى يفعله مما يمكنه فعله (والثاني) أن يكون مما لا يمكنه فعله بمنع الشرع منه أو عدم القدرة عليه فأما اذا كان مما يمكنه فعله فان كان مما لا مؤنة فيه فليس بمول الا أنه لا يترك ويقال له طأ امرأتك ان كنت صادقا انك لست بمول وان كان انما يتكلف فيه مؤنة فانه مول أيضاً من يوم حلف ويوقف اذا حل الاجل ويخير بين أن يفيء بالوطء أو يبر بفعل الشيء الذي حلف أن لا يطأ حتى يفعله فان أبى من ذلك طلق عليه ولم يمكن من البر بما لا يبيحه له الشرع من قتل أو شرب خمر وما أشبه ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ وأما اذا حلف على ذلك بطلاق المولى منها فلا يخلو من أن يكون الطلاق ثلاثا أو ما دون الثلاث واحدة أو اثنتين فان كان ما دون الثلاث واحدة أو اثنتين وقف اذا حل الاجل وقيل له فيء على أن تنوي فى مصابك الرجعة وان لم تكن مدخولا بها لانها تصير مدخولا بها بالتقاء الختانين فيخرج من الاختلاف هذا الوجه فان أبى من ذلك طلق عليه بالايلاء فان ارتجع في المدخول بها وصدق رجعته بوطء ينوى بباقيه الرجعة صحت رجعته وبقيت عنده على طلقتين وان لم يرتجع حتى انقضت العدة فتزوجها رجع عليه الايلاء من يوم تزوجها ما لم تنقض الثلاث بثلاث تطليقات وان كان الطلاق ثلاثا ففي ذلك اختلاف كثير تحصيله ان فى ذلك قولين (أحدهما) انه مول (والثانى) انه ليس بمول فاذا قلت انه مول فلا يطلق عليه حتى يحل أجل الايلاء واختلف على هذا القول فى حكمه اذا حل الاجل على أربعة أقوال انه يطلق عليه ولا يمكن من الفيء لانها تبين منه بالتقاء الختانين فيصير

النزع حراما وهو مذهب ابن الماجشون على أصله فيمن طلع عليه الفجر فى رمضان وهو يطأ امرأته انه يقضى ذلك اليوم لان اخراج الفرج من الفرج وطء (والثانى) انها لاتطلق عليه الا ان يأبى الفيء فان لم يأباه وأراد الفيء مكن من التقاء الختانين لا اكثر روى هذا القول عن مالك ويكون النزع على مذهبه هذا واجباً وليس بحرام كما لو طلق امرأته ثلاثا فى تلك الحال والثالث انه يمكن من جميع لذته حتي يفتر أو ينزل ولا ينزل فيها مخافة ان يكون الولد ولد زنا وهو قول اصبغ والرابع انه يمكن من الفيء بوطء كامل ولا يقع عليه الحنث الا بتمامه وهو قول ابن القاسم في أصل الاسدية وظاهر قوله في المدونة ومايوجد له من خلاف ذلك فقد قيل انه اصلاح سحنون واذا قلت انه غير مول ففي ذلك قولان (أحدهما) انه يعجل عليه الطلاق من يوم حلف وهو قول مطرف (والثانى) ان الطلاق لايعجل عليه حتي ترفعه امرأته الى السلطان وتوقفه وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما اذا حلف على ذلك بما ينعقد عليه بالحنث فيه حكم فاختلف هل يكون به موليا أم لا على قولين قائمين من المدونة (أحدهما) انه لايكون موليا (والثانى) انه يكون به موليا وذلك مثل ان يقول ان وطئت امرأتى فكل عبد اشتريته من الفسطاط فهو حر ووالله لا اطأ امرأتى فى هذه السنة الا يوما واحداً أو مرة واحدة ووالله لا اطأ احدي امرأتي ولا نية له ومن ذلك أيضا ان يقول ان وطئت امرأتي فهي على كظهر أمي وان وطئتها فوالله لا اطأها على مذهب من يقول في الحالف بالطلاق ثلاثا ان لا يطأ انه يمكن من الوطء واما على مذهب من يرى انه لايمكن من الوطء أصلا ويطلق عليه اذا انقضى أجل الايلاء واذا قامت به امرأته على الاختلاف الذى ذكرناه فهو مول على كل حال وأما على مذهب من يرى انه يمكن من التقاء الختانين لا أكثر فيتخرج ذلك على الاختلاف فيمن حلف ان يعزل عن امرأته هل يكون موليا أم لا فهذا الوجه الثالث من الاوجه الثلاثة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ولا يكون الحالف بترك الوطء موليا الا بشرط ان يكون حلفه في حال الغضب إرادة الضرر فان لم يكن على وجه الضرر وكانت يمينه على وجه الاصلاح كالذي يخاف ان لا يطأ امرأته في الرضا والغضب أو حتى يبرأ من مرضه وما أشبه ذلك لم يكن موليا عنده مالك وأصحابه وقال ذلك علي بن أبي طالب رضي الله عنه وذهب الشافعي وأبو حنيفة ومن تبعهما الى انه مول بكل حال وحجتهم عموم قول الله عز وجل في الآية وانه لم يخص فيها غاضبا من راض ولا محسنا من مسيء ومن أهل العلم من ذهب الى انه لا يكون موليا الا من حلف بالله تعالي وهو لا يصح الا على مذهب من يرى ان الايمان كلها بغير الله غير لازمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت وهو بعيد والثاني قلنا فيه انه بمعنى اليمين على ترك الوطء وهو الظاهر الكفارة على من حلف ان لا يطأ ولم تكن واجبة قبل والثالث قلنا فيه انه اليمين بالطلاق التي يكون الحالف فيها على حنث وهو ان يقول الرجل امرأتي طالق ان لم أفعل كذا وكذا وهو ينقسم على ثلاثة أقسام (أحدها) ان يكون ذلك الفعل مما يمكنه فعله مثل ان يقول امرأتي طالق ان لم أدخل الدار وما أشبه بذلك والثاني ان يكون ذلك الفعل مما لا يمكنه فعله لعدم الامكان مثل أن يقول امرأتي طالق ان لم أمس السماء أو ان لم أشرب الخمر أو ألج في سم الخياط وما أشبه ذلك وبالله سبحانه وتعالي التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما الوجه الاول فيمنع فيه من الوطء من وقت اليمين فان طالبته امرأته ذلك ضرب له أجل الايلاء ووقف عند تمامه فاما يفعل ذلك واما طلق وليس له أن يفيء بالوطء لانه ممنوع منه لكونه على حنث فان اجترأ ووطيء سقط ما مضى من أجل الايلاء واستؤنف ضربه مرة أخري فان قامت بذلك المرأة وطلبته فان فاء بفعل ذلك الفعل سقط عنه الايلاء ولم يلزمه الطلاق وان طلق لم تلزمه طلقة أخرى بفوات ذلك الفعل المحلوف عليه ان كان مما يفوت في حياته علي مذهب ابن القاسم خلافا لابن المواز في قوله انه تقع عليه طلقة أخرى بفوات الفعل لان فواته كانقضاء

الاجل فان أبى من ذلك طلق عليه الامام بالايلاء وان طلق عليه الامام به فارتجع لم تصح رجعته الا أن يفيء بفعل ذلك الفعل قبل انقضاء العدة بخلاف ما اذا طلق هو دون أن يطلق عليه الامام بالايلاء فان تزوجها بعد انقضاء العدة رجع عليه الايلاء وكان لها أن توقفه لانه ممنوع من الوطء لكونه على حنث ويضرب له أجل الايلاء ثانية ويوقف عند تمامه فاما فاء بفعل ذلك الفعل واما طلق فان طلق انحلت عنه اليمين وان لم يفعل طلق عليه الامام ثانية بالايلاء وبقيت عليه اليمين فان ارتجع لم تصح رجعته ايضا الا أن يفيء بفعل ذلك الفعل وان تزوجها بعد انقضاء العدة رجع عليه الايلاء وكان لها أن توقفه فأما ان وقفته ضرب له أجل الايلاء فاذا انقضي وقف أيضا فان أبي أن يفيء أو يطلق طلق عليه الامام بالايلاء ثالثة وانحلت يمينه فلم تعد عليه لانقضاء ذلك الملك فهذا حكم هذا الوجه الا في مسئلتين احداهما أن يقول امرأتي طالق ان لم أطلقها وقد ذكرت الحكم فيها في كتاب الايمان بالطلاق

﴿فصل﴾ وأما الوجه الثاني ففيه أربعة أقوال (أحدها) أن يمنع من الوطء من يوم حلف وان كان الفعل غير ممكن له في الحال وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة ورواية عيسى عنه في العتبية أنه قال أحرم وأخرج وان كان ذلك في المحرم قال غير ابن القاسم في المدونة اذا تبين ضرره بها ولابن القاسم في مراعاة الضرر مثله في الظهار (والثاني) أنه لا يمنع من الوطء حتى يمكنه الفعل بمجيء ابان الخروج الى الحج (والثالث) أنه لا يمنع منه حتى يخشى فواته (والرابع) أنه لا يمنع منه حتى يفوته جملة فان طالبته امرأته بالوطء اذا منع منه على مذهب من يرى المنع منه في ذلك الموضع ضرب له أجل الايلاء فان ضرب له على الوجه الاول حين حلف أو على القول الثاني حين أمكنه الخروج فخرج فأدرك الحج قبل انقضاء أجل الايلاء فحج بر وسقط عنه الايلاء وان لم يحج طلق عليه بالايلاء عند انقضاء أجله وان انقضي أجل الايلاء قبل وقت الحج لم تطلق عليه حتى يأتي وقت الحج فان أتي وقت الحج فحج بر وسقط عنه الايلاء وان ضرب له أجل

الايلاء على القول الثالث حين خشي الفوات فخرج فادرك الحج باسراع السير بر وسقط عنه الايلاء وان لم يدرك الحج طلق عليه بالايلاء ان كان قد انقضى أجله أو عند انقضائه ان كان لم ينقض بعد وان ضرب له أجل الايلاء على القول الرابع بعد فوات الحج وخرج من العام المقبل لم يطلق عليه بانقضاء أجل الايلاء حتي يأتي وقت الحج فان أتى وقت الحج طلق عليه به وان لم تطالبه المرأة باليمين وترك هو الحج في ذلك العام ثم قامت عليه في العام الثاني استؤنف لها الحكم فيه كالعام الاول وجرى ذلك على الاختلاف المذكور فيه تمادي في القول الاول على الامتناع من الوطء ويضرب له أجل المولى وان قامت قبل ان يمكنه الخروج ويرجع في القول الثاني الى الوطء حتى يخشى فوات الحج فيضرب له حينئذ أجل الايلاء وقد روى ابن القاسم انه اذا لم يحج ذلك العام حنث ووقع عليها الطلاق ووجه هذا القول انه حمل يمينه على ان يحج في ذلك العام فعلى هذا القول لا يدخل عليه الايلاء لانه اجل مؤقت يحنث بمضيه وله ان يطأ لانه على بر وقد قيل ليس له ان يطأ ويدخل عليه الايلاء على هذا القول ويطلق عليه به ان انقضى قبل ان يفوته الحج وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما الوجه الثالث فيعجل عليه فيه الطلاق فلا يضرب له فيه أجل الايلاء لان الفئ لا يقدر عليه فيما لا يمكنه فعله ولا يمكن منه فيما لا يجوز له مما يمنعه الشرع منه غير انه ان بادر وفعل بر في يمينه وسقط عنه الطلاق وباء بالاثم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويختلف مايكون المولى به فائيا باختلاف ايمانه فما كان منها لا يقدر علي اسقاطه عن نفسه قبل الحنث لم يكن له ان يفئ فيه الا بالجماع وما كان منها يقدر ان يسقطه عن نفسه قبل الحنث ظاهراً وباطنا قبلت منه الفيئة باسقاط اليمين عن نفسه في الظاهر على قولين فان كان للمولى عذر يمنعه من الجماع من مرض أو سفر أو حيض أو دم نفاس أو ما أشبه ذلك لم تخل يمينه من الثلاثة الاوجه المذكورة

(أحدها) ان يكون مما لا يقدر على اسقاطه قبل الحنث مثل ان يكون يمينه بعتق غير معين أو صدقة شئ بغير عينه أو ما أشبه ذلك (الثانى) ان يكون مما يقدر على اسقاطه قبل الحنث ظاهرا فيعلم بذلك ان اليمين قد انحلت عنه بفعل ما حلف به وذلك مثل ان يحلف بعتق عبد بعينه ان لا يطأ امرأته أو بطلاق امرأة له أخرى ثلاثا وما أشبه ذلك (والثالث) ان يقدر على اسقاط اليمين عن نفسه في الباطن من غير ان يعلم ذلك فى الظاهر الا من قبله وذلك مثل ان تكون يمينه بالله تعالى أو ما تكون كفارته كفارة يمين بالله تعالى فاذا كانت يمينه لا يقدر على اسقاطها عن نفسه قبل الحنث بعتق غير معين أو ما أشبه ذلك من صدقة أو مشي أو صيام أو ما أشبه ذلك فالفيئة له بالقول الى أن يزول العذر فيوقف فاما أن يفيء واما أن يطلق اذ لا تسقط عنه اليمين ولا ينحل عنه الايلاء بما يعتق ويتصدق به قبل الوطء اذا لم يكن ذلك بعينه هذا هو المشهور الذي يوجبه النظر والقياس وقد روى عن مالك رحمه الله فى من لا يعتق غير معين فأعتق لذلك رقبة قبل الحنث انه لا يجزئه وقع ذلك فى كتاب الظهار من المدونة ومثله فى كتاب ابن المواز وهو بعيد وأما ان كانت يمينه بعتق عبد بعينه أو صدقة شئ بعينه أو ما أشبه ذلك من المعينات فلا يقبل منه فيئة بالقول دون أن يعتق العبد الذي حلف بعتقه أو يتصدق بالشئ الذي حلف بالصدقة به لانه اذا أعتق ذلك العبد وتصدق بذلك الشئ سقطت عنه اليمين وانحل عنه الايلاء ولان فيئته التى يسألنا أن ننظره اليها توجب عليه ذلك هذا قول أصحابنا كلهم حاشا ابن الماجشون فانه يرى الفيئة لقولهم أن الفيئة لا تكون الا باسقاط اليمين اذا طلق عليه بالايلاء فارتجع ولا يرى للسفر عذراً وأما ان كانت يمينه بالله تعالى فاختلف هل تقبل فيئة بالقول دون أن يكفر أو لا تقبل منه حتى يكفر فقيل انها لا تقبل منه دون أن يكفر لسقوط اليمين عنه بالكفارة قبل الحنث وقيل انها تقبل منه دون أن يكفر لانا لا ندرى ان كفر هل نوي بكفارته تلك اليمين أم لا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق .

﴿ فصل ﴾ وقال جماعة من أهل العلم الفيء الجماع الا أن يكون له عذر فيمنعه منه فيكون له الفيء باللسان اذا أشهد على ذلك وقال آخرون الفيئة له بالقول على كل حال وهذان القولان انما يتصوران عندي على مذهب من يرى أن الطلاق يقع على المولى بانقضاء أجل الايلاء ان لم يفيء فيه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما ان لم تكن يمينه على ترك الوطء ففيئته فعل الشيء الذي حلف أن يفعله على مذهب مالك وأصحابه رحمهم الله اذا كان قادراً على ذلك الفعل واختلف اذا لم يكن قادراً عليه في الحال على ما تقدم ذكره وتحصيل الاختلاف فيه وأما ان لم يكن قادراً عليه بحال فيعجل عليه الطلاق ولا يضرب له أجل الايلاء حسب ما مضى القول فيه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف أهل العلم في حد المدة الذي يكون الحالف بترك الوطء فيها موليا على أربعة أقوال (أحدها) أنه لا يكون موليا الا من حلف أن لا يطأ زوجته على التأبيد أو أطلق اليمين ولم يقيدها بمدة مخصوصة مؤقتة والا فليس بمول حكي هذا القول أهل الاختلاف عن ابن عباس رضى الله عنهما (والثاني) أنه لا يكون موليا الا أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر ولو بيوم وهو مذهب مالك رحمه الله ومن تبعه وقد تأول هذا المذهب أنه لا يكون موليا حتى يزيد على الاربعة أشهر أكثر مما يتلوم به عليه اذا قال أنا أفيء وهو غلط لان التلوم انما يكون اذا وقف فقال أنا أفيء ولم يفعل وأما اذا وقف فأبى أن يفيء فان الطلاق يعجل عليه ولا معنى للتلوم عليه فمن حق المرأة أن يوقف لها زوجها المولى وان لم يزد على الاربعة الاشهر فصاعداً ولا يكون موليا ان حلف على أقل منها وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأهل العراق [1] (والرابع) أنه يكون موليا اذا حلف على كثير من الاوقات أو قليل أن لا يجامع فتركها أربعة أشهر من غير جماع وهو قول ابن أبي ليلى وطائفة من أهل الكوفة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

---

(١) سقط في أصل الكتاب القول الثالث

﴿ فصل ﴾ والايلاء ينقسم على ثلاثة أقسام قسم يكون فيه موليا من يوم حلف وقسم لا يكون فيه موليا الا من يوم ترفعه امرأته الي السلطان وتوقفه وقسم اختلف فيه فقيل انه مول من يوم حلف وقيل من يوم ترفعه الى السلطان فأما الذي يكون فيه موليا من يوم حلف فهو الذي يحلف على ترك الوطء وأما الذي لايكون فيه موليا الا من يوم ترفعه فهو الذي يحلف بطلاق امرأته أن يفعل فعلا وأما المختلف فيه فهو الايلاء الذي يدخل الظهار

وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب اللعان ﴾

﴿ قال ﴾ الشيخ رضى الله تعالى عنه الاصل فى اللعان كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم واجماع الامة فأما كتاب الله تعالي فهو قوله عزوجل والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين يقول الله عز وجل والذين يقذفون من الرجال أزواجهم من النساء فيرمونهن بالزنا ولم يكن لهم شهداء يشهدون لهم بصحة مارموهن به من الفاحشة الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله اى يحلف أحدهم أربع ايمان بالله انه لمن الصادقين فيما رمى به زوجته من الفاحشة ويدرأ عنها العذاب اى حد الزنا الرجم ان كانت ثيبا والجلد ان كانت بكراً لان العذاب معرف بالالف واللام معرفة فالمراد به الحد المعلوم الذى أوجبه الله على الزناة في كتابه وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا نكلت المرأة عن اللعان حدت حد الزنا وكذلك الزوج اذا نفي حمل امرأته او قذفها برؤية او بغير رؤية على الاختلاف فى ذلك ان نكل عن اللعان حد حد القذف واختلف الفقهاء المتأخرون من القرويين اذا نكلت المرأة عن اللعان بعد لعان الزوج ثم ارادت ان ترجع الى اللعان هل يكون ذلك لها أم لا فمنهم من رأى ذلك لها وقال لا يكون نكولها عن اللعان اقوى من اقرارها بالزنا وهي لواقرت به ثم رجعت قبل رجوعها ومنهم من لم ير ذلك لها لما تعلق به من حق الزوج والاول اصح وانظر هل يدخل هذا الاختلاف في الزوج اذا نكل عن اللعان ثم اراد ان يرجع اليه هل يكون له ذلك ام لا فقد قيل انه يدخل في ذلك والصحيح انه لا يدخل

فيه والفرق بين الرجل والمرأة فى ذلك ان نكول المرأة عن اللعان كالاقرار منها على نفسها بالزنا ولها أن ترجع عن الاقرار به ونكول الرجل عن اللعان كالاقرار منه على نفسه بالقذف فليس له أن يرجع عن الاقرار به وزعم العراقيون ان المرأة اذا نكلت عن اللعان لم تحد وحبست وكذلك عندهم اذا نكل الزوج عن اللعان حبس ولم يحد وتركوا قول الله عز وجل ويدرأ عنها العذاب وقد تأول متأول ان العذاب هو السجن لقول الله عز وجل الا ان يسجن أو عذاب أليم ولم يعرف ما احتج به لان العذاب الذى ذكره الله تعالى فى هذه الآية هو غير السجن وليس بمين وانما قالت كذا وكذا وهم يحكمون بالنكول فى الحقوق بغير يمين من الطالب وجعلوه بمنزلة الاقرار والملاعن قد تقدمت أيمانه على ما ادعى ثم لا يحكمون على المرأة بنكولها وقد أنزل الله فيها من القرآن ما أنزل فتركوا فيما ذهبوا اليه فى هذا النص والقياس جملة الا انهم زعموا ان الحدود لا تؤخذ قياسا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما السنة فما ثبت فى الآثار الصحاح من ملاعنة النبى صلى الله عليه وسلم بين عويمر العجلانى وزوجه وبين هلال بن أمية الواقفى وزوجه أيضا وأما الاجماع فلا خلاف بين المسلمين ان اللعان بين الزوجين من شرعنا وان الاحكام تتعلق به على الاختلاف الحاصل بينهم فى بعض وجوه تفاصيله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وكان سبب نزول آية اللعان فيما روى عن ابن عباس رضى الله عنه ان الله تبارك وتعالى لما قال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون قال سعد بن عبادة هكذا أنزلت يارسول الله لو رأيت لكاع قد تفخذها رجل لم يكن لى ان أهيجه ولا أحركه حتى آتى بأربعة شهداء فوالله ما آتى بأربعة شهداء حتى يفرغ من حاجته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يامعشر الانصار الا تسمعون الى ما يقول سيدكم قالوا لا تلمه يا رسول الله فانه رجل غيور ما تزوج فينا قط الا عذراء ولا طلق امرأة فاجترأ أحد

منا ان يتزوجها فقال سعد يارسول الله بأبي أنت وأمي والله لاعرف انها من الله وانها حق ولكني لو وجدت لكاع قد تفخذها رجل لم يكن لي ان اهيجه ولا احركه حتي آتي بأربعة شهداء واني لا آتي بهم حتي يفرغ من حاجته فما لبثوا الا يسيراً حتي جاء هلال بن امية من حديقة له وقد رأى بعينه وسمع بأذنيه فأمسك حتى أصبح فلما اصبح غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو جالس مع اصحابه فقال يارسول الله اني جئت اهلي عشاء فوجدت رجلا معها رأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أتى بهِ وثقل ذلك عليه جداً حتي عرف ذلك في وجهه فقال هلال والله يارسول الله اني لأرى الكراهية في وجهك بما اتيتك به والله يعلم اني صادق وما قلت الا حقا واني لأرجو ان يجعل الله لي فرجا قال واجتمعت الانصار فقالوا ابتلينا بما قال سعد يجلد فتبطل شهادته في المسلمين فهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بضربه فبينما هو كذلك يريد ان يأمر بجلده ورسول الله صلى الله عليه وسلم مع اصحابه اذ نزل عليه الوحي فأمسك اصحابه عن كلامه حين عرفوا ان الوحي ينزل عليه حتى فرغ فأنزل الله عز وجل والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الى قوله ان كان من الصادقين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ابشر ياهلال فان الله قد جعل لك فرجا فقال قد كنت ارجو ذلك من الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فجاءت فلما اجتمعا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قيل لها فكذبته فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم ان الله يعلم ان احدكما كاذب فهل منكما تائب فقال هلال يارسول الله بابي انت وامي ماقلت الا حقاً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما وقال لهلال يا هلال أشهد فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فقيل له عند الخامسة يا هلال اتق الله فان عذاب الله أشد من عذاب الناس وانها الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال هلال والله لا يعذبني عليها الله كما لم يجلدني عليها رسول الله فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم قيل لها اشهدي فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين وقيل لها عند الخامسة اتق الله فان عذاب الله

أشد من عذاب الناس وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة حتى ظننا انها سترجع ثم قالت والله لا افضح قومي سائر اليوم فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضي ان الولد لها وان لا يدعى لاب ولا يرمى ولدها وروي ان رسول الله صلي عليه وسلم لما لاعن بين العجلاني وزوجته قال لهما حسابكما على الله واحد كما كاذب لاسبيل لك عليها قال يارسول الله مالى قال لامال لك ان كنت صدقت عليها فهو لما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منه ثم قال انظروها فان جاءت به اسحم أدعج العينين عظيم الاليتين فلا أراه الا قد صدق عليها وان جاءت به احيمر كانه وحدة فلا أراه الا كاذبا قال فجاءت به على النعت المكروه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا مامضى من كتاب الله لكان لها ولى شأن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فالحكم باللعان واجب على ماورد به القرآن وحكم به الرسول صلى الله عليه وسلم انزله الله فى كتابه وجعله شرعة لعباده رحمة بهم اذ كان الازواج لايجرون مجرى غيرهم من سائر الناس الذين أوجب الله عليهم الجلد برمي المحصنات الا ان يأتوا على ذلك بأربعة شهداء اذ كان لاضرر عليهم في أنفسهم فيما عاينوه والزوج يلزمه اظهار مارأى لانه يخاف ان يلحقه نسب ليس منه فجعل له اذا انكر حملا لم يعرف له سببا ان ينكره وجعل له اذا عاين الزنا وشاهده من زوجته ان يخبر به ثم جعل له المخرج من ذلك باللعان لضرورته اليه ولم يجعل ذلك لغيره اذ لاضرورة به الى ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ واللعان على مذهب مالك وجميع أصحابه وأكثر أهل العلم يكون بين كل زوجين الا ان يكونا كافرين كانا حرين أو عبدين أو محدودين أو ذمية تحت مسلم على ظاهر قول الله عز وجل والذين يرمون أزواجهم ولم يخص حرا من عبد ولا محدودا من غير محدود ولا كافراً من مسلم خلافا لابى حنيفة وأصحابه فى قولهم انه لايلاعن

العبد ولا المحدود فى القذف قالوا لان المراد من الآية من تجوز شهادته من الازواج لان الله استثناهم من الشهداء بقوله ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فسماهم شهداء بذلك اذ المستثنى من جنس المستثنى منه وقال فشهادة أحدهم فدل على ان اللعان شهادة والعبد والمحدود لاتجوز شهادتهما وليس ذلك بصحيح لان الاستثناء منقطع والمعنى فيه ولو لم يكن لهم شهداء غير قولهم الذى ليس بشهادة كما قالوا الصبر حيلة من لا حيلة له والجوع زاد من لا زاد له فاللعان يمين وليس من الشهادة بسبيل وانما أخذ من باب المشاهدة بالعين والقلب فسمي شهادة لهذه العلة ولذلك قال مالك رحمه الله تعالى فى أحد أقواله ان من قال لامرأته يازانية ولم يقل رأيت ولا نفى حملا انه يحد ولا يلاعن لان ذلك أخذ من المشاهدة فالرجل يقول فى لعانه أشهد بالله لقدر رأيتها تزنى وأشهد بالله ماهذا الولد منى فالاول مأخوذ من باب المشاهدة بالنظر والثانى من باب المشاهدة بالقلب فشهادة الرجل على مايدعى مشاهدته ومعرفته وشهادة المرأة أيضا على ما تدعى علمه ومعرفته وهى عالمة بصدقه أو كذبه فكل واحد منهما موكل الى علمه وان كان أحدهما كاذبا لا محالة وكيف يصح ان يشبه اللعان بالشهادة ويقاس عليها والعدل لا تقبل شهادته لنفسه ولو حلف مائة يمين لانه خصم ولا تجوز شهادته أيضا لغيره عند بعض العلماء اذا حلف عليها لاتهامه فيها ومن الدليل أيضا على ان المحدود والعبد يلاعنان ان كل من حكم عليه بيمين أو حكم له بها فالبر والفاجر والعبد والمسلم والذمي فيها سواء فكذلك يجب فى اللعان وهو الظاهر من قول الله عز وجل فى القرآن أيضا فان المعنى الذى فرق الله به بين الزوج والاجنبي فى القذف وهو ضرورته الى نفى الولد الذي ينكره ولا يعرف له سببا يستوى فيه الحر والعبد والمحدود وغير المحدود وقد نقض أبو حنيفة وأصحابه أصلهم فى هذا بقولهم ان الفاسق المعلوم بالفسق يلاعن وشهادته لاتجوز وكذلك الاعمى يلاعن وشهادته عندهم لا تجوز فبطل مذهبهم وصح مذهب مالك ومن تابعه وانما جعل اللعان حكما على حياله شرعه الله رحمة لعباده فلا يحمل على الشهادة ولا يقاس عليها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ واللعان على ستة أوجه ثلاثة منها متفق عليها وثلاثة مختلف فيها فأما الثلاثة الاوجه التي يتفق على وجوب اللعان فيها (فأحدها) أن ينفي حملا لم يكن مقراً به ويدعى الاستبراء (والثانى) أن يدعى رؤية لا مسيس بعدها في غير ظاهرة الحمل (والثالث) أن ينكر الوطء جملة فيقول لم أطأها قط أو منذ مدة كذا وكذا لما لا يلحق بمثله الانساب وأما الوجوه الثلاثة التي يختلف في وجوب اللعان فيها (فأحدها) أن يقذف زوجته ولم يدع رؤية (والثاني) أن ينفي حملا ولا يدعى استبراء (والثالث) أن يدعي رؤية لا مسيس بعدها في حامل بينة الحمل لان ابن الجلاب حكي عن مالك في هذه المسئلة ثلاث روايات إحداها ايجاب الحج ولا لعان والثانية ايجاب اللعان وثبوت النسب والثالثة ايجاب اللعان وسقوط النسب به واختلف في التعريض قول ابن القاسم فمرة رآه كالتصريح بالقذف وأوجب اللعان فيه وهو قوله في كتاب القذف من المدونة وظاهر قوله في اللعان منها ومرة قال يحد في التعريض ولا يلاعن وهو قول أشهب في كتاب ابن المواز انه يحد في التعريض ولا يلاعن الا ان يكون تعريضاً يشبه التصريح واما مثل قوله وجدها مع رجل عريانين في لحاف أو وجدتها تحته فلا يلاعن في هذا ويؤدب ولو قاله لاجنبي يحد الا في قوله رأيتها تقبل رجلا فان رجع له أقيم عليه في التعريض فقال رأيتها تزنى لاعن قاله عبد الملك وهو عندى تفسير لقول من لم ير في التعريض اللعان وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ وأصل اللعان انما جعل لنفي الولد فيلاعن الرجل بمجرد نفي الحمل دون قذف في مذهبنا والمخالف في هذا بعض أصحاب الشافعي وهو بعيد اذ قد تكون مغلوبة على نفسها وله ان يلاعنها وهي حامل وقد قيل ليس له ان يلاعنها حتى تضع روي ذلك عن مالك وهو قول ابن الماجشون ومذهب أبي حنيفة ويرده الاثر فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلانى وزوجته وقال ان جاءت به على نعت كذا فلا أراه الا قد صدق عليها وان جاءت به على نعت كذا فلا أراه الا قد كذب عليها

ويلاعن من ادعي رؤية لما يخاف ان يلحق به من الولد باجماع اذا لم تك ظاهرة الحمل وأما من قذف زوجته ولم يدع رؤية ولا نفي حملا فالاصح من الاقاويل انه يحد ولا يلاعن ومن أوجب اللعان فيه جعل العلة في ذلك دفع الحد عن نفسه مع انه ظاهر القرآن قوله والذين يرمون أزواجهم لم يذكر نفي حمل ولا رؤية زنا وهذا ليس ببين لان الحكم انما هو لمعاني الالفاظ لا لظاهرها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا لاعن على الرؤية وادعي الاستبراء انتفى الولد باجماع وأما ان لم يدع الاستبراء فاختلف هل ينتفي الولد بذلك اللعان أم لا على ثلاثة أقوال (أحدها) أن الولد ينفيه اللعان على كل حال وان ولد لأقل من ستة أشهر وهو أحد قولى مالك رحمه الله فى المدونة (والثانى) أنه لا ينفيه بحال وان ولد لأكثر من ستة أشهر ويلحق به وهو قول عبد الملك وأشهب (والثالث) التفرقة بين أن يولد لأقل من خمسة أشهر أو لأكثر منها وهو القول الثاني لمالك فى المدونة فيأتى على هذا فى جملة المسئلة ثلاثة أقوال وفي كل طرف منها قولان اذا ولدته لأقل من ستة أشهر قولان واذا ولدته لأكثر من ستة أشهر قولان وهذا على مذهب من يتأول أن قوله فى المدونة ألزمه مرة ومرة لم يلزمه ومرة ينفيه وان كانت حاملا راجع الى قولين ويجعل قوله ومرة لم يلزمه ومرة ينفيه وان كانت حاملا شيئاً واحداً ومن الناس من يحملها على ثلاثة أقوال على ظاهرها فيقول معنى قوله ينفيه وان كانت حاملا أنه ينفيه بلعان ثان وان لم يدع استبراء فيقول في لعانه أشهد بالله ما حملها هذا منى فيأتى على هذا فى الطرف الواحد ثلاثة أقوال وفي الطرف الثانى قولان وسواء كان الزوج عالما مقراً به أو لم يكن وهذا بين فى كتاب ابن المواز وظاهر قول المخزومى فى المدونة وقد تأول بعض الناس قوله وهو مقر بالحمل أى بالوطء وقد تأول بعض الشيوخ أن الاختلاف الواقع فى قول مالك رحمه الله في المدونة انما هو اذا لم يعلم الزوج بحملها ولا كان مقراً به وانما علم أنها كانت حاملا بما انكشف من وضعها قبل ستة أشهر وهو تأويل بعيد لما حكيناه من وجوه الاختلاف فى ذلك لمالك رحمه الله

فى كتاب ابن المواز فاعلم فان ادعى الاستبراء بعد ان ولدته وقال ليس الولد منى وقد كنت استبريت كان ذلك له فى الوجوه كلها باتفاق وسقط نسب الولد قيل بذلك اللعان وهو قول أشهب وقيل بلعان ثان وهو قول أصبغ وعبدالملك وفى المدونة مايدل على القولين جميعا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد ذهبت طائفة من أهل العلم الى ان الولد المولود على فراش الرجل اذا نفاه لا ينتفي منه بلعان ولا بما سواه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وروى عن الشعبي أنه قال خالفني ابراهيم وابن معقل وموسى فى ولد الملاعنة فقالوا تلحقه به فقلت الحقه به بعد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ثم جبر بالخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فكتبوا فيها الى المدونة فكتبوا ان يلحق بامه وهو شذوذ من القول ولا حجة لقائله فيما احتج به من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر لانه انما ورد في المدعى بالزنا ماولد على فراش غيره على ما فى حديث عتبة واما نفي أولاد الزوجات فليس من ذلك فى شئ لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد قضي فى ذلك بالملاعنة ورد الولد الملاعن به الى أمه دون المولود على فراشه وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف فى الاستبراء فعن مالك فيه روايتان احداهما أنه حيضة وهو قول أكثر أهل المذهب (والثانى) أنه ثلاث حيض وهو مذهب ابن الماجشون وحكاه عبد الوهاب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويجب بتمام لعان الزوج ثلاثة أحكام أحدها سقوط نسب الولد (والثانى) ترك الحد عن الزوج (والثالث) رجوعه على المرأة الا أن تلاعن واختلف فى الفرقة بماذا تجب فالمشهور عن مالك وأصحابه رضى الله عنهم انها تجب بتمام لعان المرأة بعد الزوج فعلى هذا اذا مات الزوج بعد ان التعن وقبل ان تلتعن المرأة انها ترثه التعنت أو لم تلتعن وهو قول ربيعة ومصرف واختيار ابن حبيب وقد قيل انها تجب بتمام لعان الزوج وإن لم تلتعن المرأة وهو مذهب الشافعي وظاهر قول مالك في موطئه وقول عبد الله بن

عمرو بن العاصي في المدونة وهو قول اصبغ في العتبية في الذي يتزوج المرأة في عدتها فتأتي بولد فيلا عن أحد الزوجين انها تحرم للابد على الذي لاعنها ولم تلاعنه فعلى هذا اذا مات أحد الزوجين بعد تمام لعان الزوج انهما لا يتوارثان وهو قوله في المدونة ان ماتت المرأة ورثها الزوج وان مات الزوج ورثته الزوجة ان لم تلاعن فيأتي على هذا ان الفرقة تجب بتمام لعان الزوج ان التعنت المرأة فاحفظ انها مسئلة يتحصل فيها ثلاثة أقوال وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والفرقة في اللعان فسخ بغير طلاق وهي مؤبدة لايتراجع الزوجان بعده أبداً هذا مذهب مالك وجميع أصحابه وأكثر أهل العلم والدليل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم للزوج بعد تمام اللعان لاسبيل لك اليها لان ظاهره التأبيد اذ لم يقيد ذلك بشرط يحلها له به لان التحريم اذا اطلق من غير تقييد محمول على التأبيد الا ترى ان المطلقة ثلاثا لولا قول الله عز وجل فيها حتى تنكح زوجا غيره لم تحل له أبداً بظاهر قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واذا قلنا انه فسخ وليس بطلاق فيلزم على هذا اذا لاعنها قبل الدخول لايكون لها شئ من الصداق لانصف ولاغيره وكذلك في كتاب ابن الجلاب وهو خلاف قول مالك في موطئه وخلاف ما في المدونة ووجه هذا انا لانعلم صدق الزوج فلعل الولد منه وانما أراد طلاقها وتحريمها باللعان للابد لئلا يكون عليه صداق فلما اتهم في ذلك الزم نصف الصداق وهو خلاف المعروف في المذهب وهو قوله في المدونة ان الملاعنة لامتعة لها صحيح على هذا التعليل فتعليل سقوط المتعة في اللعان بانه فسخ وان الله لم يوجبها الا على المطلقين أصح من العلة التي عللها في المدونة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وبتمام اللعان تقع الفرقة بين الزوجين وان لم يفرق الامام بينهما وهذا موضع اختلف فيه أهل العلم اختلافا كثيراً فمذهب مالك ماذكرناه وقال الشافعي رحمه الله تعالى إن الفرقة تقع بتمام لعان الزوج ولا تحل له أبداً وقال أبو حنيفة

وبعض أصحابه رضى الله تعالى عنهم أن الفرقة لاتقع بين الزوجين حتي يفرق الامام بينهما فاذا فرق الامام بينهما لم تحل له حتى يكذب نفسه فان كذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب وقيل انه ان أكذب نفسه جلد الحد وردت اليه امرأته وقيل اللعان تطليقة بائنة وهو قول عبيد الله بن الحسن وقيل ان اللعان لاينقص شيئا من العصمة وهو قول عثمان البتى وطائفة من أهل البصرة أخذوا ذلك عنه ولابن نافع في تفسير ابن مزيد أنه استحب للملاعن أن يطلق ثلاثا عند الفراق من اللعان من غير أن يأمره الامام بذلك كما فعل عويمر فان لم يفعل أغنى من ذلك مامضى من سنة المتلاعنين أنهما لايتنا كحان أبداً وذهب ابن لبابة الى أنه ان لم يطلق طلق عليه الامام ثلاثا ولم يمنعه من مراجعتها وقال انه ظاهر الحديث فلا يعدل عنه الا بكتاب أو سنة أو اجماع هذا معنى كلامه مختصراً وقيل ان فراق اللعان ثلاث تطليقات وتحل له بعد زوج ولم أر هذا القول الا أنه أخبرني بعض أصحابنا أنه في كتاب ابن شعبان وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واللعان يجب في كل نكاح يلحق فيه الولد وان كان فاسداً أو حراما لايقران عليه خلافا لابي حنيفة وأصحابه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ولا يكون اللعان الا عند الامام في المسجد وبحضر من الناس لان اللعان الذى كان في زمن النبي صلى الله عيه وسلم انما كان عنده وفي المسجد وبحضر من الناس وذلك مروي في الاحاديث الصحاح من ذلك حديث مالك رحمه الله تعالى في موطئه في ملاعنة العجلاني زوجته قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند النبي صلى الله عليه وسلم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يكون اللعان في دبر الصلاة وبعد صلاة العصر لانه أشد الاوقات في اليمين لما جاء أن الأيمان بعد صلاة العصر ليس لها توبة وليس ذلك بلازم أعني من دبر الصلاة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ وفى صفة اللعان اختلاف كثير بين أصحاب مالك وغيرهم الا أنه اختلاف متقارب فمن أراد الوقوف عليه تأمله فى موضعه وسيأتى الكلام عليه فى موضعه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ واختلف فيمن قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة فقال أبو بكر الابهرى لست أعرفها منصوصة والذي يجب على مذهبه أن يلاعن لكل واحدة لان اللعان بمنزلة الشهادة ولو أتى بالشهود للزم أن يقيم الشهادة على كل واحدة منهن منفردة ويحتمل أن يكون يجزئه لعان واحد قياسا على القذف اذا قذف جماعة فى كلمة واحدة وعلى الظهار بدليل اذا ظاهر منهن فى كلمة واحدة أنه يجزئه كفارة واحدة ثم قال وقد حكي الاصطخرى عن اسماعيل القاضى ان جماعة ادعت على رجل دينا فحلف له يمينا واحدا فعلى هذا يجب أن يكتفي بلعان واحد لهن كلهن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب ما جاء في تحريم الربا في الصرف ﴾

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه الربا في الصرف وفي جميع البيوع وفيما تقرر في الذمة من الديون حرام محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة فأما الكتاب قول الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وقوله يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون لان قوله واتقوا الله وعيد والنهي اذا قرن به الوعيد علم أن المراد به التحريم وقوله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيراً وأخذهم الربا وقد نهوا عنه يريد نهي تحريم لانه عطف على مانص على تحريمه الا ان الاحتجاج بهذه الآية على تحريم الربا انما يصح على مذهب من يرى أن ما أمر الله تعالى به من شرائع من قبلنا من الانبياء لازم لنا الا أن يأتي في شرعنا ما ينسخه عنا والى هذا ذهب مالك رحمه الله لانه قد احتج في موطئه بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس يريد في التوراة وهو الصحيح لقول النبي صلى الله عليه وسلم اذا رقد أحدكم عن الصلاة أو نسيها ثم فزع اليها فليصلها كما كان يصليها في وقتها فان الله تبارك وتعالى يقول أقم الصلاة لذكري والخطاب بهذا انما هو لموسى عليه الصلاة والسلام وهذا بين وقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال أحدها أنها لازمة لنا جملة من غير تفصيل بدليل قول الله عز وجل أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده (والثاني) انها غير لازمة لنا بدليل قول الله عز وجل لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا (والثالث) انها غير لازمة لنا الا شريعة ابراهيم لقول الله عز وجل ثم أوحينا اليك ان اتبع ملة ابراهيم (والرابع) انها غير لازمة الا شريعة عيسى لانها آخر الشرائع المتقدمة وكل شريعة ناسخة لتي قبلها وهذا القول أضعف الاقوال لان شريعة عيسى اذا كانت ناسخة لما قبلها من الشرائع فشريعتنا ناسخة شريعة عيسى عليه السلام وقوله تعالى الذين يأكلون الربا لا يقومون

إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس يقول الله عز وجل الذين يربون في تجارتهم في الدنيا لايقومون في الآخرة من قبورهم الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس أي يصرعه من الجنون ويروى ان لا كلة الربا علما يعرفون به يوم القيامة انهم أكلة الربا يأخذهم خبل يشبه الخبل الذي يأخذهم في الآخرة بالجنون الذي يكون في الدنيا ويروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حدث عن ليلة الاسراء فكان في حديثه أنه أتى على سابلة فرعون حيث ينطلق بهم الى النار يعرضون عليها غدوا وعشيا فاذا رأوها قالوا ربنا لاتقومن الساعة لما يرون من عذاب الله قال واذا أنا برجال بطونهم كالبيوت يقومون فيقعون ببطونهم وظهورهم فيأتي عليهم آل فرعون فيثردونهم ثردا فقلت من هؤلاء ياجبريل فقال هؤلاء اكلة الربا ثم تلا هذه الآية الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس وفي البخاري عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال رأيت الليلة رجلين اتياني فاخرجاني الى أرض مقدسة فانطلقنا حتي أتينا على نهر من دم فيه رجل قائم على وسط النهر ورجل بين يديه حجارة فاقبل الرجل الذي في النهرفاذا أراد ان يخرج رمى الرجل بحجر في فيه فرده حيث كان فجعل كلما جاءليخرج رمى في فيه بحجر فيرجع كما كان فقلت ماهذا ياجبريل فقال الذي رأيت في النهر آكل الربا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما السنة فنها مارواه ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه وقال هم سواء ومن ذلك تحريمه التفاضل بين الذهبين والورقين وان لايباع من ذلك شيء غائب بناجز وما أشبه ذلك كثير وأما الاجماع فعلوم من دين الامة ضرورة ان الربا محرم في الجملة وان اختلفوا في تفصيل مسائله وتبيين أحكامه وتفسير شرائطه على ماياتى في مواضعه انشاء الله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ في معني الربا وأصل الربا الزيادة والاضافة يقال ربا الشيء يربو اذا زاد

وعظم وأربى فلان على فلان اذا زاد على عليه يربي إرباء وكان ربا الجاهليه فى الديون ان يكون للرجل على الرجل الدين فاذا حل قال له اتقضي ام تزيد فان قضاه أخذه والا زاده فى الحق وزاده فى الاجل فأنزل الله فى ذلك ما أنزل فقيل للمربي مرب للزيادة التى يستزيدها في دينه لتأخيره الى أجل وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فمن استحل الربا فهو كافر حلال الدم يستتاب فان تاب والا قتل قال الله عز وجل ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون وقال عز وجل يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقي من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله أى ان لم تفعلوا ذلك وتقروا به فأذنوا أى فاعلموا أنكم محاربون من الله ورسوله لانكم مشركون وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما من باع بيعا أربى فيه غير مستحل للربا فعليه العقوبة الموجعة ان لم يعذر بجهل ويفسخ البيع ما كان قائما فى قول مالك وجميع أصحابه والحجة فى ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امر السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا أو كل أربعة بثلاثة عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم اربيتما فردا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان فات البيع فليس له الا رأس ماله قبض الربا أولم يقبضه فان كان قبضه رده الى صاحبه وكذلك من أربى ثم تاب فليس له الا رأس ماله وما قبض من الربا وجب عليه أن يرده الى من قبضه منه فان لم يعلمه تصدق به عنه لقول الله عزوجل فان تبتم فلكم رؤس أموالكم الآية وأما من اسلم وله ربا فان كان قبضه فهو له لقول الله عز وجل فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم على شئ فهو له واما ان كان الربا لم يقبضه فلا يحل له أن يأخذه وهو موضوع عن الذي هو عليه ولا خلاف فى هذا أعلمه لقول الله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا ان كنتم مؤمنين نزلت هذه الآية فى قوم أسلموا ولهم على قوم أموال من ربا كانوا اربوه عليهم وكانوا قد اقتضوا بعضه

منهم وبقي بعض فعفى الله لهم عما كانوا اقتضوه وحرم عليهم اقتضاء ما بقى منه وقيل نزلت في العباس بن عبد المطلب ورجل من بني المغيرة كانا يسلفان في الربا فجاء الاسلام ولهما اموال عظيمة في الربا فأنزل الله الآية بتحريم اقتضاء ما كان بقي لهما من الربا وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبته يوم عرفة في حجة الوداع ألا ان كل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع وأول ربا يوضع ربا العباس بن عبد المطلب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وفي هذا ما يدل على اجازة الربا مع أهل الحرب في دار الحرب على ماذهب اليه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى لان مكة كانت دار حرب وكان بها العباس مسلما امامن قبل بدر على ماذكره ابن اسحاق من أنه اعتذر الى النبي صلى الله عليه وسلم لما اسر يوم بدر وأمره أن يفتدي فقال له اني كنت مسلما ولم أخرج لقتالك الا كرها فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اما ظاهر أمرك فقد كان علينا فافد نفسك أو من قبل فتح خيبر ان لم يصح ماذكره ابن اسحاق على ما دل عليه حديث الحجاج بن علاط من اقراره للنبي صلى الله عليه وسلم بالرسالة وتصديقه ماوعده الله به وقد كان الربا يوم فتح خيبر على ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أتي بقلادة وهو بخيبر من غنائمها فيها ذهب وخرز فأمر بالذهب الذي في القلادة فنزع وبيع وحده وقال الذهب بالذهب وزنا بوزن فلما لم يرد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان من رباه بعد اسلامه اما من قبل بدر واما من قبل فتح خيبر الى ان ذهبت الجاهلية بفتح مكة وانما وضع منه ما كان قائما لم يقبض دل ذلك على اجازته اذ حكم له بحكم ما كان من الربا قبل تحريمه وبحكم الربا بين أهل الذمة والحربيين اذا أسلموا وبحديث الحجاج بن علاط الذى دل على ان العباس كان مسلما حين فتح خيبر هو ماروي أنس بن مالك عنه ان قال للنبي صلى الله عليه وسلم حين فتح خيبر ان لي بمكة اهلا ومالا وقد أردت ان آتيهم فان أذنت لي ان أقول فعلت فاذن له رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك فاتي مكة وأشاع بها ان أصحاب محمد قد

استبيحوا وانى جئت لآخذ مالى فأبتاع من غنائمهم فرح بذلك المشركون واختفي من كان فيها من المسلمين فارسل العباس بن عبد المطلب غلامه الى الحجاج يقول له ويحك ما جئت به فما وعد الله ورسوله خير مما جئت به فقال اقرأ على أبي الفضل السلام وقل له ليخلي لى معه بيتا فان الخبر على مايسره فلما أتاه الغلام بذلك قام اليه فقبل ما بين عينيه ثم أتاه الحجاج بن علاط فخلى به في بعض بيوته وأخبره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد فتحت عليه خيبر وجرت فيها سهام المسلمين واصطفي رسول الله صلى الله عليه وسلم منها صفية لنفسه وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أباح له أن يقول ما شاء ليستخرج ماله ولا له أن يكتم ذلك عليه ثلاثا حتى يخرج ففعل فلما أخبر بذلك بعد خروجه فرح المسلمون ورجع ما كان بهم من رمق على المشركين والحمد لله رب العالمين نقلت هذا الحديث على المعنى واختصرت منه الحديث لطوله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ واحتج الطحاوي لاجازة الربا مع أهل الحرب في دار الحرب بحديث النبي صلى الله عليه وسلم أيما دار قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية الحديث وانما اختلف أهل العلم فيمن أسلم وله ثمن خمر أو خنزير لم يقبضه فقال أشهب والمخزومي هو له حلال بمنزلة ما لو كان قبضه وقال ابن دينار وابن أبى حازم يسقط الثمن عن الذى هو عليه كالربا وأكثر مذاهب أصحابنا على قول أشهب والمخزومى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف في لفظ الربا الوارد فى القرآن هل هو من الالفاظ العامة التى يفهم المراد بها وتحمل على عمومها حتى يأتى ما يخصها أو من الالفاظ المجملة التي لا يفهم المراد بها من لفظها وتفتقر فى البيان الى غيرها على قولين والذي يدل عليه قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان من آخر ما أنزل الله على رسوله آية الربا فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يفسرها أنها من الالفاظ المجملة المفتقرة الى البيان والتفسير ولم يرد عمر بن الخطاب رضى الله عنه بقوله إن رسول الله صلى الله عليه وسلم

توفي قبل ان يفسرها أنه صلى الله عليه وسلم لم يفسر آية الربا ولا بين المراد بها وانما أراد والله أعلم انه لم يعم جميع وجوه الربا بالنص عليها للعلم الحاصل أنه صلى الله عليه وسلم قد نص على كثير منها من ذلك تحريمه صلى الله عليه وسلم التفاضل بين الذهبين والورقين وان يباع من ذلك شئ غائب بناجز ونهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيع ما ليس عندك وعن بيعتين في بيعة وعن بيع الملامسة والمنابذة وعن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وما أشبه ذلك لان هذه الاحاديث تحمل على البيان والتفسير لما أجمل الله في كتابه من ذكر الربا وما لم ينص عليه صلى الله عليه وسلم من وجوه الربا فانه أحال فيه على طرق ادلة الشرع وبين وجوهها وما توفي صلى الله عليه وسلم الا بعد أن كمل الدين وبعد أن بين كل ما بالمسلمين الحاجة الى بيانه قال الله عز وجل اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ومما يدل على ما تأولنا عليه حديثه قوله رضي الله عنه انكم تزعمون إنا لا نعلم أبواب الربا ولان أكون أعلمها أحب الىّ من أن يكون لى مثل نهر وكورها ولكن من ذلك أبواب لا تخفي على أحد أن تباع الثمرة وهي معصفة لم تطب وأن يباع الذهب بالورق والورق بالذهب نسيئا فأخبر رضى الله عنه ان من وجوه الربا ما هو بين لنص النبي صلى الله عليه وسلم وباطن خفي لعدم النص فيه وتمنى أن تكون جميع وجوه الربا ظاهرة يعلمها بنص النبي صلى الله عليه وسلم عليها ولا يفتقر الى طلب الادلة فى شئ منه والله عز وجل لما أراد أن يمتحن عباده ويبتليهم فرق بين طرق العلم فجعل منه ظاهراً جليا وباطنا خفيا ليعلم الباطن الخفي بالاجتهاد والنظر من الظاهر الجلى فيرفع بذلك الذين آمنوا والذين أوتوا العلم درجات قال الله عز وجل هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والربا على وجهين ربا فى النقد وربا في النسيئة فأما الربا فى النقد فلا يكون

الا فى الصنف الواحد من نوعين (أحدهما) الذهب والورق (والثانى) ما كان من الطعام مدخراً مقتاتا أو مصلحا للقوت أصلا للمعاش غالبا فى قول بعضهم واما الربا في النسيئة فيكون فى الصنف الواحد وفى الصنفين فأما فى الصنف الواحد فهو فى كل شئ من جميع الاشياء لا يجوز واحد باثنين من صنفه الى أجل من جميع الاشياء طعاما كان أو غيره واما في الصنفين فهو فى نوعين أحدهما الذهب والفضة (والثانى) الطعام كله كان مما يدخر أولا يدخر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وباب الصرف من أضيق أبواب الربا فالتخلص من الربا على من كان عمله الصرف عسير الا لمن كان من أهل الورع والمعرفة بما يحل فيه ويحرم منه وقليل ماهم ولذلك كان الحسن يقول ان استسقيت فاسقيت من بيت صراف فلا تشربه وكان أصبغ يكره أن يستظل بظل الصيرفى قال ابن حبيب لان الغالب عليهم الربا وقيل لمالك رحمه الله تعالى اتكره أن يعمل الرجل بالصرف قال نعم الا أن يكون يتقي الله فى ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ومما بين النبي صلى الله عليه وسلم من وجوه الربا ان الذهب بالذهب والورق بالورق لا يباع الا مثلا بمثل يدا بيد وان الذهب بالورق لا يباع الا يدا بيد ذكر مالك رحمه الله فى موطئه عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن الحدثان البصري أنه التمس صرفا بمائة دينار قال فدعانى طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتي اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال حتي يأتي خازنى من الغابة وعمر بن الخطاب يسمعه فقال عمر بن الخطاب لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الاهاوها والبر بالبر ربا الاهاوها والتمر بالتمر ربا الاهاوها والشعير بالشعير ربا الاهاوها وبالله سبحانه تعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ فلا يجوز فى الصرف ولا في بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة مواعدة ولا خيار ولا كفالة ولا حوالة ولا يصلح الا بالمناجزة لا يفارق صاحبه وبينه وبينه عمل قال رسول الله صلي الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا

بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وان استنظرك الى ان يلج بيته فلا تنظره اني أخاف عليكم الرما والرما هو الربا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والنظرة في الصرف تنقسم على ثلاثة أقسام أحدها ان ينعقد الصرف بينهما على ان ينظر أحدهما صاحبه بشيء مما اصطرفا فيه وان قل فهذا اذا وقع فسخ جميع الصرف لانعقاده على فساد (والثاني) ان ينعقد الصرف بينهما على المناجزة ثم يؤخر أحدهما صاحبه بشيء مما اصطرفا فيه فبهذا ينتقض الصرف فيما وقع فيه التأخير ان كان أكثر من صرف دينار فينتقض صرف دينارين كذا أبداً على هذا الترتيب واختلف هل يجوز من الصرف ماحصلت فيه المناجزة ولم يقع فيه تأخير أم لا على قولين (أحدها) ان ذلك لا يجوز لانهما متهمان على القصد لذلك والعقد عليه وهو مذهب ابن القاسم في المدونة وقول محمد بن المواز (والثاني) ان ذلك يجوز ولا يفسخ وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز والقسم الثالث ان ينعقد الصرف بينهما على المناجزة فيتأخر شيء مما وقع الصرف عليه بنسيان أو غلط أو سرقة من الصرف أو ما اشبه ذلك مما يغلبان عليه أو أحدهما فهذا يمضي الصرف فيما وقع فيه التناجز ولا ينتقض باتفاق واختلف هل ينتقض في ما حصل فيه التأخير ان تجاوز النقصان مثل ان يصرف منه دنانير بدراهم فيجد من الدراهم درهما ناقصا فيقول أنا أتجاوز أولا ينتقض من الصرف شيء على قولين (أحدهما) قول ابن القاسم ان ذلك لا يجوز وينتقض من الصرف صرف دينار واحد الا أن يكون العدد الذي نقص أكثر من صرف دينار فينتقض صرف دينارين كذا أبداً على هذا المثال والترتيب (والثاني) قول أشهب ان الصرف يجوز ولا ينتقض منه شيء ان تجاوز النقصان كالدانق ان رضي به وقد روى عن ابن القاسم مثل قول أشهب في النقصان اليسير كالدانق والدانقين وقاله أصبغ في الدرهم من الألف درهم وذلك لان الموازين قد تختلف في مثل هذا المقدار وما تختلف عليه الموازين لا اختلاف عندي في جواز

تجاوزه فليس ما روى عن ابن القاسم فى هذا اختلافا من قوله وانما المعنى في ذلك ان الدانق والدانقين مرة روى ان الموازين تختلف عليه فأجاز التجاوز عنه ومرة روى أن الموازين لا تختلف عليه فلم يجز التجاوز عنه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى اقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما ان أراد ان يرجع بالنقصان فيأخذه فلا يجوز الا على مذهب من أجاز البدل في الصرف ورأى أن الغلبة على التأخير فيه بالنسيان والغلط والسرقة والتدليس وما أشبه ذلك لا يبطل الصرف ولا يفسده فان وجد فيما صارفه فيه بعد الافتراق زائفاً بدله وان وجد ناقصا أخذه وان استحق منه شئ أخذ عوضه وهذا كله على مذهبهم في المجلس مالم يفترقا على معرفة ذلك فان قال قائل فاذا كان التأخير على وجه الغلبة يبطل الصرف عند مالك ولا يجوز ان يتجاوز النقصان فكيف جاز ان يتجاوز الزائف وهو كالناقص اذ لم يصارفه الا علي جياد فقبض الزائف كلا قبض فالجواب عن ذلك ان الدنانير والدراهم فى الصرف على مذهب مالك وجمهور أصحابه ان عينت تعينت وان لم تعين فانها تتعين إما بالقبض واما بالمفارقة فلذلك جاز الرضا بالزيوف لوقوع الصرف عليها بتعينها بأحد الوجهين وعلى هذا يأتى اختلافهم اذا استحقت الدرهم ساعة صارفه بل يلزمه أن يعطيه ما كان عنده مما تبقى فى يده لم يستحق أم لا يلزمه ذلك فمن رأي انها تتعين بالقبض لم يلزمه ذلك الا أن يشاء فيكون صرفا مستقبلا ومن رأى انها لا تتعين بالمفارقة يلزمه ذلك بخلاف البيوع التي لا يتعين المصروف فيها الا أن يعين فتعين على اختلاف ومن أجاز البدل فمذهبه ان الدنانير والدراهم فى الصرف لا تتعين الا أن تعين وان الغلبة فيه علي التأخير لا تفسد الصرف وقد تقدم ذكر ذلك وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد تقدم أنه لا يجوز في الصرف خيار ولا مواعدة ولا حوالة ولا رهن ولا كفالة فاما الخيار فلا خلاف ان الصرف فاسد كانا جميعاً بالخيار أو احدهما لعدم المناجزة بينهما بسبب الخيار واما المواعدة فتكره فان وقع مرة الصرف بينهما على

المواعدة لم يفسخ عند ابن القاسم وقال أصبغ يفسخ فلعل قول ابن القاسم اذا لم يتراوضا على السوم وانما قال اذهب معى أصرف منك وقول أصبغ اذا تراوضا على السوم فقال له اذهب معى أصرف منك ذهبك بكذا وكذا واما الحوالة اذا صرف وأحال على الصراف من يقبض منه فلا يجوز على مذهب ابن القاسم الا ان يقبض هو صرفه ويدفعه الى من احاله واما ان قبضه المحال فلا يجوز وان كان بحضرته قبل ان يفارقه بخلاف الوكالة اذا صرف ثم وكل على قبض الدراهم فقبضها الوكيل بحضرتهما قبل ان يفارقه الذى وكله جاز وبخلاف الحوالة برأس المال فى الاقالة من الطعام وذهب سحنون وأشهب الى انه ان قبض المحال قبل ان يفارقه الذى أحاله بحضرة ذلك جاز ذلك كالاحالة برأس المال في الاقالة من الطعام وكالوكالة اذا قبض الوكيل قبل ان يفترقا وأما اذا ذهب الموكل أو المحيل قبل ان يقبض الوكيل أو المحال فالصرف ينتقض لا يجوز فى الحوالة باتفاق وفى الوكالة علي اختلاف لان ابا زيد روى عن ابن القاسم فى الرجلين يصرفان الدراهم تكون بينهما بدينار من رجل فيذهب أحدهما ويتخلف الآخر علي قبض الدينار ان ذلك جائز ونحوه في سماع أصبغ الا أن يفرق بين المسئلتين بسبب الاشتراط فى الدراهم أو الدنانير وذلك بعيد لانه قد ساوي فى المدونة بينهما واما الوكالة على قبض رأس المال في الاقالة من الطعام فانها تجوز وان افترقا اذا قبض الوكيل قبل ان يفارق المسلم اليه واما الحمالة اذا كانت بالدنانير ان استحقت الدراهم أو بالدراهم ان استحقت الدنانير .
جاز ذلك والا لم يجز وكذلك الرهن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

كتاب السلم القول فى السلم وأصل جوازه وتقسيم

﴿وجوهه وتبيين الصحيح منه من الفاسد﴾

السلم وان سمي سلما فهو بيع من البيوع لان البيع نقل الملك عن عوض كما ان المصارفة والمراطلة والمعاوضة والمبادلة وما أشبه ذلك من الاسماء التى اختصت ببعض البيوع وتعرفت بها دون سائرها بيوع كلها فى الحقيقة والاموال التي تنتقل الاملاك فيها بالمعاوضة عليها علي ثلاثة أوجه عين حاضرة وعين غائبة غير مرئية وسلم ثابت فى الذمة فأما العين الحاضرة فلا اختلاف في جواز بيعها واما العين الغائبة غير مرئية فبيعها عندنا علي الصفة جائز لازم خلافا للشافعى في قوله إن بيعها على الصفة غير جائز وخلافا لابى حنيفة رحمه الله تعالى فى قوله ان ذلك فى الذمة فيجوز عندنا فى كل مايضبط بالصفة ويجوز قرضه على شروط يأتى وصفها ان شاء الله تعالى خلافا لابى حنيفة رحمه الله تعالى فى قوله ان السلم والقرض فى الحيوان لايجوز ولداود وطائفة من أهل الظاهر فى قولهم ان السلم فيما عدا المكيل والموزون لايجوز وبالله سبحانه سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فمن الدليل على صحة قولنا فى اجازة السلم فى الحيوان والعروض وجميع ما يضبط بالصفة ان الله تبارك وتعالى أباح البيع لعباده وأذن لهم فيه اذنا مطلقا فى غير ما آية من كتابه فقال تعالى وأشهدوا اذا تبايعتم وقال ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقال الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم وقال ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم يريد التجارة هذا معنى الآية لانه قد روى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فى مواسم الحج فتحمل هذه القرآءة على التفسير وقال تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا على انه قد

اختلاف في قول الله تعالي وأحل الله البيع وحرم الربا وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وكتب عليكم الصيام هل هي من الالفاظ العامة المجملة فمن أهل العلم من ذهب الى انهـا كلها مجملة لا يفهم المراد بها من لفظها وتفتقر في البيان الى غيرها ومنهم من ذهب الى انها كلها عامة يجب حملها على عمومها بحق الظاهر حتى يأتي ما يخصها وذهب أبو محمد بن نصر وهو عبد الوهاب صاحب الشرح من البغداديين الى انها كلها مجملة الا قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا لجواز السلم في العروض والحيوان على مذهب من يرى العلماء الى انها عامة يجب حملها على عمومها في كل بيع الا ما خصه الدليل وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد خص الله تبارك وتعالى من ذلك بمحكم كتابه البيع في وقت صلاة الجمعة فقال يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصـلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع وخص من ذلك أيضـا على لسان نبيـه بيوعا كثيرة من ذلك نهيه عن العربان وبيع حاضر لباد وان لا يبيع الرجل على بيع أخيه وما أشبه ذلك من نواهيه ولم ينه صلى الله عليه وسلم عن السلم فبقى على أصل الاباحة الواردة في القرآن لعموم الالفاظ لانه بيع من البيوع كما قدمناه الا ماخص منه أيضا بالقياس والسنة والاجماع على ماسنبينه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصـل ﴾ فالسـلم في الحيوان والعروض من جملة مابقى على اصـل الاباحة اذ لم يخصه بجملته سنة ولا قياس ولا اجماع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ومن الدليل أيضاً على جواز السلم في الحيوان وماسواه مما يضبط بالصفة ويجوز فيه القرض قوله الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه فلم يخص دينا من دين بل عم الديون فالحيوان من ذلك يجوز تعلقه بالذمة يشهد لذلك استسلاف النبي صلى الله عليه وسلم البكر وقد قال ابن عباس ان التسليف المضمون الى أجله معلوم قد أحله الله وأذن فيه أما تقرؤن قول الله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجـل مسمي فاكتبوه فسواء باع طعاما واكتتب

ذهبا أو أعطي ذهبا وا كتتب طعاما فات أو ثيابا أو حيوانا والله أعلم ومن طريق القياس هذا الشيء يصح تعلقه بالذمة مهرا وقرضا فجاز تعلقه بها سلما أجل ذلك الطعام ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض الطعام وانه قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار الى السنتين والثلاث فقال سلموا فى كيل معلوم الى أجل معلوم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والسلم في مذهب مالك رحمه الله وأصحابه جائز فيما ينقطع من أيدي الناس وفيما لا ينقطع من أيديهم اذا اشترط الاخذ فيما ينقطع من أيديهم في حين وجوده فان اشترط الاخذ فى حين عدمه لم يجز ومن أهل العلم من لا يجيز السلم الا فيما يكون موجوداً بأيدى الناس لا ينقطع فى وقت من الاوقات وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فمن حجة من لا يجيز السلم الا فيما يكون موجوداً من حين عقد السلم الى حين حلوله أن المسلم اليه قد يموت فيحل عليه السلم بموته وربما كان ذلك فى حين انقطاعه فيؤل ذلك الى الغرر ومن حجة من لا يجيز السلم الا فى ما لا ينقطع قبل حول السلم ولا بعده أن القضاء قد يتأخر لعذر أو غير عذر بعد حلول الاجل حتي ينقضى الابان فيرد اليه رأس ماله أو يتأخر الى العام المقبل وذلك غرر وهذا كله لا يلزم لان العقود اذا صحت وسلمت من الغرر فلا يراعى ما يطرأ عليها بعد ذلك مما لا يقصد اليه اذ لو روعى ذلك لما صح عقد ولا سلم بيع بوجه من الوجوه بل السلم فيما له ابان على أن يقتضى فى ابانه أجوز من السلم فيما لا ينقطع من أيدى الناس وان كانا جائزين جميعا لان السلم فيما لا ينقطع من أيدى الناس يحل بموت المسلم اليه وحياته الى أن يحل الاجل غير مأمون وفى ماله ابان لا يحل بموت المسلم اليه وتوقف تركته الى أن يأتى الابان فيقضى حقه وحينئذ يقسم ماله بين ورثته لقول الله عز وجل من بعد وصية يوصى بها أو دين فهو أقل غرراً وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق.

﴿فصل﴾ فان كان عليه ديون ضرب لصاحب السلم مع الغرماء بما يساوى سلمه بالنقد يوم الابان على ما عرف من قيمته بالعادة لا بما يساوي الآن على أن يقبض في وقته الا على مذهب سحنون القائل أن صاحب السلم المؤجل يحاص بقيمة سلمه الى الاجل لا بقيمته الآن حالا وهو بعيد وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿فصل﴾ فان جاء الابان وهو أعلى مما قوم به لم يكن له على الغرماء رجوع وان كان أرخص لم يكن له عليه رجوع فى الزيادة ما بينه وبين جميع حقه فاذا وجد حقه فلا يزاد عليه ويرد الفاضل اليهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ فاذا قلنا إن السلم فيما له ابان على أن يقبض فى ابانه جائز فان انقضى الابان قبل أن يقبض صاحب السلم جميع سلمه فلمالك وأصحابه رحمهم الله فى ذلك ثلاثة أقوال القولان منها يتفرع على أربعة أقوال ففى جملة المسئلة خمسة أقوال (أحدها) قول مالك الاول فى المدونة أن الذى يوجبه الحكم أن يتأخر الذى له السلم الى العام المقبل فان تراضيا واتفقا على المحاسبة فعلى قولين ان ذلك لا يجوز لهما لانه يدخله البيع والسلف (والثاني) أن ذلك جائز وهو قول مالك الآخر الذى رجع اليه وهو قول سحنون فمن طلب التأخير منهما فذلك له الا أن يجتمعا على المحاسبة (والثانى) قول أشهب أن الذى يوجبه الحكم المحاسبة وأخذ بقية رأس المال فان اتفقا يدخله فسخ الدين في الدين والآخر ان ذلك جائز وهو قول أصبغ وهو قول ضعيف لا يحمله القياس فهذه أربعة أقوال يتفرع كل قول من القولين المذكورين الى قولين كما حكيناه والقول الخامس قول ابن القاسم فى المدونة وكتاب ابن المواز ان الذي له السلم مخير ان شاء أن يتأخر الى سنة مقبلة وان شاء أن يأخذ بقية رأس ماله وهو قول ضعيف معترض أيضا من الوجه الذي اعترض به الا أن يجتمعا على المحاسبة وهو قول ابن القاسم والصحيح أنه من قول سحنون كما ذكرنا لان قوله من طلب التأخير منهما فذلك له الا أن يجتمعا على المحاسبة لا يتفسق مع قول ابن القاسم قبل ذلك الا ان شاء أن يؤخر الذى له السلم الى ابانه من السنة المقبلة فذلك له بل يتنافى ويتدافعه مالابن القاسم

مكشوفا فى كتاب ابن المواز أن الذى له السلم مخير وكذلك هو فى بعض الامهات من قول سحنون مكشوفا وحكي ابن حبيب عن مالك أن الذى له السلم مخير مثل قول ابن القاسم نخالط قولى مالك وجعلهما قولا واحداً فأفسدهما وحكي فضل أيضا عن سحنون أنهما مجبوران على التأخير مثل قول مالك الاول خلاف ماوقع في المدونة من قوله من طلب التأخير منهما فذلك له الا أن يجتمعا على المحاسبة وقوله هذا مفسر لقول مالك الذى رجع اليه وكان من حقه أن يكون متصلا به فلو اتصل به لم يكن فى المسئلة اشكال وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في ذكر شرائط السلم التى لايصح دونها وللسلم خمسة شروط لايصح الا بها أحدها أن يكون مضمونا فيما يجوز ملكه وبيعه (والثانى) أن يكون موصوفا صفة تحصر المسلم فيه لايتعذر وجودها (والثالث) ان يكون معلوم القدر بكيل فيما يكال أو ذرع فيما يذرع أوعدد فيما يعد أو وزن فيما يوزن أو مايقوم مقام الوزن من التحرى المعروف (والرابع) ان يكون مؤجلا الى أجل معلوم وفى حده اختلاف سيأذكره ان شاء الله (والخامس) أن يعجل رأس المال ولا يؤخره بشرط فوق ثلاث فان وقع السلم على غيرها لم يجز وفسخ وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان وقع السلم فاسداً فالذى يتحصل فى مسئلة الكتاب فيمن أسلم فى حنطة سلما فاسدا ان فساده ان كان متفقا عليه أو مختلفا فيه ففسخ بحكم جاز للمسلم أن يأخذ فى رأس ماله الجنس الذى أسلم فيه مثل تمر من قمح وان يؤخره برأس ماله وان يأخذ بعضه ويضع عنه بعضه باتفاق ولم يجز له أن يأخذ برأس ماله دنانير ان كان دراهم ولا ما أشبه ذلك مما لايجوز له أن يسلم رأس ماله فيه باتفاق أيضاً واختلف هل يجوز له أن يأخذ منه من جنس سلمه شيئاً أم لا على ثلاثة أقوال (أحدها) أنه لايجوز له أن يأخذ منه شيئاً من ذلك لاسمراء من سمراء ولا محمولة من سمراء ولا قمحا من شعير وهذا هو ظاهر الكتاب (والثانى) أنه يجوز له أن يأخذ منه ماشاء من ذلك وهو قول ابن لبابة (والثالث) أنه يجوز له أن يأخذ منه محمولة من سمراء أو

قمحا من شعير ولا يجوز له أن يأخذ منه محمولة من محمولة ولا سمراء من سمراء وهو قول الفضل واما ان كان الفساد مختلفا فيه فلا يجوز له ان يأخذ منه قبل الحكم بالفسخ خلاف الجنس الذي أسلم اليه فيه ولا أن يؤخره برأس ماله ولا ان يأخذ منه بعضه ويضع عنه بعضه باتفاق لان ذلك كله بيع الطعام قبل ان يستوفى على قول من يجيزه فان آراد ان يأخذ منه شيئاً من جنس سلمه فعلى الثلاثة الاقوال المذكورة بعد الحكم وفى الفساد المتفق على تحريمه وذهب عبد الحق الي ان السلم اذا فسخ بالحكم جاز له ان يأخذ برأس ماله دنانير وهو دراهم وذلك بعيد غير صحيح فلا يعد في الخلاف وتراضيهما بالفسخ كالحكم بالفسخ عند أشهب وضعف ذلك ابن المواز وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما لم يجز السلم فى الدور والارضين لان السلم لايجوز الا بصفة ولابد فى صفة الدور والارضين من ذكر موضعها واذا ذكر موضعها تعينت فصار السلم فيها كمن ابتاع من رجل دار فلان على ان يخلصها له منه وذلك من الغرر الذي لايحل ولايجوز لانه لايدرى بكم يخلصها منه وربما لم يقدر على ان يخلصها منه ومتى لم يقدر على ان يخلصها منه رد اليه رأس ماله فصار مرة بيعا ومرة سلفا وذلك سلف جر نفعاً وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وانما لم يجز السلم فيما يتعذر وجوده من الصفة لانه ان وجدت السلعة على الصفة المشترطة تم البيع وان لم توجد رجع اليه رأس ماله فصار مرة بيعا ومرة سلفا وذلك أيضاً سلف جر منفعة وانما لم يجز السلم فيما لاتحصره الصفة لانه غرر وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما كان من شرط صحته ان لا يتأخر رأس المال فوق ثلاث لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالى بالكالى وتأخيره ثلاثة أيام فمادونها بشرط جائز وقع في المدونة ماظاهره انه لا يجوز ان يتأخر بشرط قليلا ولا كثيراً والمشهور ما قدمناه أولا وأما تأخيره فوق الثلاث بشرط فذلك لا يجوز باتفاق كان رأس المال عينا أو

عرضا فان تأخر فوق الثلاث بغير شرط لم يفسخ ان كان عرضا واختلف فيه ان كان عينا ففي مافي المدونة من السلم يفسد بذلك ويفسخ وعلى ماذهب اليه ابن حبيب أنه لا يفسخ الا أن يتأخر فوق الثلاث بشرط وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف قول مالك رحمه الله تعالى في حد أقل مايجوز اليه السلم من الآجال فكان يقول أولا أقل مايجوز اليه السلم ماترتفع الاسواق وتنخفض وذلك نحو خمسة عشر يوما وهو قوله فى المدونة ثم أجازه الى اليومين والثلاثة وقع اختلاف قوله هذا في سماع ابن القاسم من جامع البيوع وذكر الاختلاف عنه في ذلك ابن حبيب أيضا وكذلك اختلف فى ذلك قول سعيد بن المسيب فله في المدونة مثل قول مالك الاول وفى الواضحة مثل قوله الآخر وأجاز ابن عبد الحكم السلم الى اليوم الواحد وفي سماع يحيي من السلم والآجال اجازة السلم الحال اذا وقع على ما كان يقيم منه من أدركناه من الشيوخ وفيه نظر وما فى المدونة أصح لان اجازة السلم الحال أو الى اليومين ونحوهما من باب بيع ما ليس عندك وقال رجل لسعيد بن المسيب انى أبيع بالدين قال له لاتبع الا ما آويت الى رحلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وبيع ماليس عندك ينقسم على ثلاثة أوجه وجه متفق على جوازه وهو أن يبيع بنقد ماليس عنده الى أجل ترتفع فيه الاسواق وتنخفض وهو السلم الذى جوزه القرآن والسنة ووجه متفق على كراهيته وهو أن يبيع بثمن الى أجل ماليس عنده نقداً أو إلى أجل وشرح هذا الوجه وهو أن يبيع ماليس عنده نقداً بنقد ووجه كراهيته أنه كأنه اشترى منه سلعة فلان على أن يخلصها منه وان كان هذا كره لان فلانا قد لايبيع سلعته ومن أسلم اليه فى سلعة غير معينة حالة عليه لا يتعذر عليه شراؤها في الاغلب من الحالات وقال أشهب وجه الكراهية فى ذلك انه اذا أعطي دنانير فى سلعة الى يومين ونحوهما فكأنه قيل له خذ هذه الدنانير واشتر بها سلعة كذا فما زاد فلك وما نقص فعليك فدخلته المخاطرة والغرر وان كان ذلك في السلعة المعينة أكره

منه فى غير المعينة فيختلف فيه أيضا فى السلم الاول من المدونة انذلكلايجوز وفى سماع يحيي من جامع البيوع تخفيف ذلك اذا كان قد قاربه في بيعها ورجا تمام ذلك ونحوه في سماع ابن القاسم من كتاب السلم والآجال اذا كانت البيعتان بالنقد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما تسليم العروض بعضها فى بعض كانت مما يكال أو يوزن أو ممالا يكال ولا يوزن والحيوان بعضه فى بعض فذلك كله جائز في مذهب مالك وجميع أصحابه اذا اختلفت الاصناف واختلفت المنافع والاغراض في الصنف الواحد فبان الاختلاف لا اختلاف فى المذهب في هذه الجملة وانما اختلفوا في تفصيلها على مايأتى فى مسائلهم من الاختلاف فى بعض الاشياء هل هي صنف واحد أو صنفان فرآه بعضهم صنفا واحداً لتقارب المنافع بينهماعنده ويراه بعضهم صنفين لتباعد الامد بينهما عنده على مايؤديه الاجتهاد الى كل واحد منهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما لم يجز سلم الصنف في مثله لورود السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم بتحريم ماجر من السلف نفعا وذلك على عمومه في العين والعروض والطعام فيمن أسلم سلفا لمنفعة يبتغيها من زيادة الكيل بلغه ان رجلا أتي عبد الله بن عمر فقال له ياأبا عبد الرحمن اني أسلفت رجلا سلفا واشترطت أفضل ماأسلفت فقال عبد الله بن عمر رضى الله عنه ذلك الربا الحديث بطوله وقال رضى الله عنه من أسلف سلفا فلا يشترط الاقضاءه وقال عبد الله بن مسعود من أسلف سلفا فلا يشترطأ فضل منه وان كان قبضة من علف فهو ربا وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ وتفسير ذلك مقيس على الربا المحرم بالقرآن ربا الجاهلية اما ان تقضى واما ان تربى لان تأخيره بالدين بعد حلوله على أن يربي له فيه سلف جر منفعة وانما يجوز فى السلف أن يأخذ أفضل مما أسلفه اذا كان ذلك من غير شرط كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حين استسلف من رجل بكرا فقضاه جملا خيارا رباعيا وقال ان خيار الناس أحسنهم قضاء وكره مالك رحمه الله تعالى أن يأخذ أكثر عدداً

فى القرض فى مجلس القضاء ولا بأس به بعد المجلس اذا لم يكن رأى ولا عادة فاذا سلم الصنف من العروض والحيوان في مثله أكثر عدداً أو أفضل في الصفة فذلك حرام وربا لانه اقترض بزيادة يشترطها في العدد والصفة وان كان اسلمه فى أقل من عدده أو أدني من صفته فانما أغتفر كثرة العدد أو أفضل المنفعة لابتغاء الضمان وذلك كله لايجوز لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سلف جر منفعة حتى اذا اختلفت الصفة اختلافا بينا فتباعدت أشبهت الصنفين وكساده دون الآخر ولا يجوز ذلك فى الصنف الواحد فاذا لم يجز ذلك فيه كان المسلم له فى مثله على يقين من النفع الذى اشترطه فلم يجز بخلاف الصنفين الذين لا يكون فى سلم أحدهما فى صاحبه المسلم ولا المسلم اليه على يقين من النفع الذى سفه لجواز نفاق كل واحد من الصنفين دون صاحبه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وأما تسليم العين بعضه فى بعض الذهب فى الفضة أو الفضة فى الذهب أو الذهب فى الذهب أو الفضة في الفضة فذلك لايجوز باجماع أهل العلم وكذلك الطعام كله بجميع أصنافه كان مما يكال أو يوزن أو مما لا يكال ولا يوزن كان مما يدخر أو مما لا يدخر لا يجوز سلم بعضه فى بعض وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وأما السلم فى الصناعات فينقسم فى مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام (أحدها) أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولا يعين ما يعمل منه (والثانى) أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه (والثالث) أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه (والرابع) أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه فأما الوجه الاول وهو أن لا يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه فهو سلم على حكم السلم لا يجوز الا بوصف العمل وضرب الاجل وتقديم رأس المال وأما الوجه الثانى وهو أن يشترط عمله ويعين ما يعمله منه فليس بسلم وانما هو من باب البيع والاجرة في الشئ المبيع فان كان يعرف وجه خروج ذلك الشئ من العمل أو تمكن أعادته للعمل أو عمل غيره من الشئ المعين منه العمل فيجوز على ان يشرع فى العمل وعلي ان يؤخر الشروع فيه

بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك فان كان على ان يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخيره وان كان على ان يتأخر الشروع في العمل الى الثلاثة الايام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتي يشرع في العمل وأما الوجه الثالث وهو ان لا يشرط عمله بعينه ويعين على ما يعمل منه فهو أيضاً من باب البيع والاجرة في المبيع الا انه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره الى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره وأما الوجه الرابع وهو ان يشرط عمله ولا يعين ما يعمل منه فلا يجوز ذلك لأنه يحتويه أصلان متناقضان لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضمونا وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في القول في الربا في العين والطعام وتقسيم وجوهه وتبيين علة الربا في بيع الطعام بعضه ببعض والعين بعضه ببعض على وجهين ربا في النقد وربا في النسيئة فما كان من الطعام صنفاً واحداً مدخراً مقتاتا أو مصلحا للقوت أصلا للمعاش غالبا فالربا فيه من وجهين لا يجوز التفاضل فيه يداً بيد ولا بيعه بالنسيئة مثلا بمثل ولا متفاضلا كالذهب بالذهب والورق بالورق والورق بالذهب وكذلك اذا بيع مايدخر ويقتات بما لا يدخر ولا يقتات أو مالا يدخر ولا يقتات بما لا يدخر ولا يقتات لم يكن الربا فيه الا في النسيئة خاصة لان العلة عند مالك رحمه الله وأصحابه في منع جواز التفاضل في الصنف الواحد هي ان يكون مطعوما مدخراً مقتاتا أو مصلحا للقوت وبعضهم يزيد في صفة العلة أصلا للمعاش غالبا على اختلاف بينهم في مراعاة ذلك والعلة في ذلك عند الشافعي الطعم بانفراده فحرم التفاضل في الصنف الواحد من كل ما يؤكل ويشرب كان مما يدخر أو مما لا يدخر مما يكال أو يوزن أو مما لا يكال ولا يوزن حتي حرم التفاضل في السقمونيا والطين الارمني والعلة في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله الكيل والوزن فلم يجز التفاضل في الصنف الواحد مما يوزن أو يكال كان مما يؤكل أو يشرب أو مما لا يؤكل ولا يشرب لان ذلك مما لا يكال اذ لا يتأتى فيه الكيل وذهب سعيد بن المسيب الى أنه لا ربا الا في ذهب أو فضة أو مما يوزن ويكال مما يؤكل ويشرب فالعلة

عنده في الربا الطعم مع الكيل أو الوزن وقد روى مثل هذا القول عن الشافعي رحمه الله وهو قول أبي ثور ولا بأس عند سعيد بن المسيب ومن ذهب مذهبه في بيع ما عدا الذهب والفضة وما يوزن أو يكال مما يؤكل أو يشرب متفاضلا يداً بيد ونسيئة اتفق النوعان أو اختلفا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والاصل الذي منه استثار العلماء هذه العلل هو ماصح الخبر به عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن التفاضل في الصنف الواحد من ستة أشياء وهي الذهب والفضة والقمح والشعير والتمر والملح والآثار في ذلك كثيرة موجودة منها حديث عبادة بن الصامت وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب والورق بالورق والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد فمن زاد أو ازداد فقد أربى وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيد وزاد بعض رواة الحديث والبر بالشعير كيف شئتم يداً بيد وهو مذهب عبادة بن الصامت راوي الحديث ان القمح والشعير صنفان والي هذا ذهب الشافعي وجماعة من أهل العلم واحتج من ذهب الى ذلك بحديث مالك عن ابن شهاب عن مالك بن أوس بن الحدثان النضري عن عمر بن الخطاب انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالورق ربا الاهاوها والبر بالبر ربا الاهاوها والتمر بالتمر ربا الاهاوها والشعير بالشعير ربا الاهاوها ففصل بين البر والشعير بفاصلة كما فصل بين البر والتمر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والذي ذهب اليه مالك وجميع أصحابه ان البر والشعير صنف واحد على ما روى في موطئه عن سعد بن أبي وقاص ومعيقب الدوسي لان قوله في حديث عبادة بن الصامت وبيعوا البر بالشعير كيف شئتم زيادة لم تتفق عليه جميع رواته ويحتمل ان يكون ذلك من قول الراوي قياسا على قول النبي صلى الله عليه وسلم فاذا اختلف الصنفان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فقاس مالك رحمه الله على القمح والشعير المذكورين في الحديث ما كان

في معناهما من جميع الحبوب والطعام المقتات المدخر وقاس على التمر ما كان في معناه من الطعام المدخر الذي يتفكه به في بعض الاحوال كالزبيب والجوز واللوز وماأشبه ذلك وقاس على الملح المذكور في الحديث ماكان في معناه من الطعام المدخر لاصلاح القوت كالتوابل والبصل والثوم وما أشبه ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

﴿ فصل ﴾ واماالذهب والفضة فلم يقس عليها شيئاً من العروض التي تكال أو توزن لان العلة عنده في منع التفاضل في كل واحد منهما هي انهما أثمان الاشياء وقيم للمتلفات فهي علة واقفة لا تتعدى الى ما سواها وكذلك الشافعي لم يقس على الذهب والورق شيئا من العروض المكيلة والموزونة وقاس على البر والشعير والتمر والملح جميع الطعام بانفراده وأما أبو حنيفة وأصحابه فقاسوا على البر والشعير والتمر والملح جميع ما يكال من الطعام والعروض لان ذلك كله يجمعه الكيل وهى العلة عنده في منع التفاضل في ذلك وقاسوا على الذهب والفضة جميع مايوزن من الطعام والعروض لان ذلك كله يجمعه الوزن وهى العلة عنده في منع التفاضل في ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والقياس على الذهب والفضة لايصح لانهم قد أجمعوا أنه لا بأس أن يشترى بالذهب والفضة جميع الاشياء التي تكال أو توزن يداً بيد ونسيئة فيلزم من قياس الحديد والرصاص وما أشبه ذلك مما يوزن على الذهب والفضة كما قاس ما يكال من الطعام على البر والشعير والتمر والملح أن لايجيز شراء الحديد والرصاص بالذهب والفضة نسيئة كما لايجيز شراء الحمص على القمح والشعير والتمر والملح المذكور في الحديث المكيل والموزون من الطعام خاصة وشذ داود وأهل الظاهر فلم يروا الربا الا في أربعة أشياء التي نص النبي صلى الله عليه وسلم عليها واحتجوا لاجازة التفاضل فيما سوي ذلك بعموم قول الله عزوجل وأحل الله البيع وحرم الربا

﴿ فصل ﴾ فالطعام على مذهب مالك وأصحابه رضي الله تعالى عنهم ينقسم على أربعة أقسام طعام يدخر ويقتات به أو يصلح القوت وهو أصل للمعاش غالبا وطعام يدخر

ويقتات به أو يصلح القوت وليس بأصل للمعاش غالبا وطعام يدخر نادراً وطعام لا يدخر أصلا فأما مايدخر ويقتات أو يصلح القوت وهو أصل للمعاش غالبا فان التفاضل فى الصنف الواحد منه لا يجوز باتفاق في المذهب وأما مايدخر ويقتات به وليس بأصل للمعاش غالبا من الجوز واللوز والجلوز وما أشبه ذلك فاختلف قول مالك رحمه الله وأصحابه فى اجازة التفاضل فى الصنف الواحد منه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وعلى هذا الاختلاف اختلف المعللون في تحرير العلة فزاد فى صفة علة الربا أصلا للمعاش غالبا من أجاز التفاضل فى ذلك وكان شيخنا الفقيه ابن رزق رحمه الله يذهب الى أن ذلك المذهب فى المدونة وليس ذلك عندى ببين فيها واقتصر فى صفة العلة على قوله مطعوما مدخراً مقتاتا ولم يزد فيها أصلا للمعاش غالبا من منع التفاضل فى ذلك وهو نص قول مالك رحمه الله في موطئه وقول ابن حبيب فى الواضحة وهو الظاهر عندي من المدونة وعلى هذا المعنى يأتى اختلاف قول مالك فى اجازة التفاضل فى البيض والاختلاف في اجازة التفاضل في التين لأنهما يدخران وليسا بأصل للمعاش غالبا وأما ما كان من الاطعمة يدخر نادراً فالتفاضل فى الصنف الواحد منه جائز على مذهب مالك رحمه الله وأكثر أصحابه كالخوخ والكمثرى وما أشبه ذلك وأما ما كان لا يدخر أصلا فالتفاضل في الصنف الواحد منه جائز على مذهب مالك رحمه الله وجميع أصحابه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وأما بيع الطعام بالطعام نسيئة أو بيعه قبل استيفائه فلا يجوز بحال اتفقت أصنافه أو اختلفت كان مما يدخر أو مما لا يدخر

وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

كتاب بيوع الآجال

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه أصل ما بني عليه هذا الكتاب الحكم بالذرائع ومذهب مالك رحمه الله القضاء بها والمنع منها وهي الاشياء التي ظاهرها الاباحة ويتوصل بها الى فعل المحظور ومن ذلك البيوع التى ظاهرها الصحة ويتوصل بها الى استباحة الربا وذلك مثل أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة الى أجل ثم يبتاعها بخمسين نقداً فيكونان قد توصلا بما أظهراه من البيع الصحيح الى سلف خمسين ديناراً فى مائة الى أجل وذلك حرام لا يحل ولا يجوز واباح الذرائع الشافعي وأبو حنفية وأصحابهما والصحيح ماذهب اليه مالك رحمه الله تعالى ومن قال بقوله لان ماجر الى الحرام وتطرق به اليه حرام مثله قال الله عز وجل ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم فنهى تبارك وتعالى عن سب آلهة الكفار لئلا يكون ذلك ذريعة وتطرقا الى سب الله تعالى وقال تعالى يأيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا فنهى عز وجل عباده المؤمنين ان يقولوا للنبي صلى الله عليه وسلم راعنا وهى كلمة صحيحة معروفة في لغة العرب معناها ارعنى سمعك وفرغه لى لتعى قولى وتفهم عنى لانها كلمة سب عند اليهود فكانت تسب بها النبي صلي الله عليه وسلم فى أنفسها فلما سمعوها من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فرحوا بها واغتنموا ان يعلنوا بها النبي صلى الله عليه وسلم ويظهروا سبه فلا يلحقهم فى اظهاره شئ فاطلع الله نبيه والمؤمنين على ذلك ونهي عن الكلمة لئلا يكون ذلك ذريعة لليهود الى سب النبى صلى الله عليه وسلم وقد تأولت الآية على غير هذا وهذا أظهر ماقيل فيها وقال الله تبارك وتعالى ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت فقلنا لهم كونوا قردة خاسئين وقال واسئلهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر اذ يعدون فى السبت اذ تأتيهم حيتانهم يوم سبتهم شرعا ويوم لا يسبتون لا تأتيهم كذلك نبلوهم بما كانوا يفسقون ووجه الدليل من الذرائع ان الله

تعالى حرم على اليهود الاصطياد في يوم السبت ابتلاء لهم وذلك ان اليهود قالوا لموسى حين أمرهم بالجمعة وأخبرهم بفضلها كيف تأمر بالجمعة وتفضلها على سائر الايام والسبت أفضل الايام كلها لان الله تعالى خلق السموات والارض والاوقات في ستة أيام وسبت له كل شيء مطيعا يوم السبت فقال الله عز وجل لموسى دعهم وما اختاروه ولا يصيدون فيه سمكا ولا غيره ولا يعملون فيه شيئا فكانت الحيتان تأتيهم يوم السبت شارعة ظاهرة كما قال الله تعالى وتغيب عنهم سائر الايام فلا يصلون اليها الا باصطياد وعناء فكانوا يسدون عليها المسالك يوم السبت ويأخذونها في سائر الايام ويقولون لا نفعل الاصطياد الذي نهينا عنه في يوم السبت وانما نفعله في غيره فعاقبهم الله على فعلهم ذلك لانه ذريعة للاصطياد الذي نهوا عنه وان لم يكن اصطياداً على الحقيقة بان مسخهم قردة وخنازير كما أخبر تعالى في كتابه وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وا كلوا أثمانها وجعل صلى الله عليه وسلم شراء الصدقة بالثمن كالعودة فيها بغير ثمن فقال لعمر بن الخطاب في الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله فأراد شراءه لما أضاعه صاحبه وأراد بيعه لا تبتعه ولا تعد في صدقتك فان العائد في صدقته كالكلب العائد في قيئه وقال صلى الله عليه وسلم في ابن وليدة زمعة لعبد بن زمعة هو لك يا عبد بن زمعة فالحقه بأبيه زمعة وقال الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال لاخته سودة بنت زمعة زوجته احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص فأعمل صلى الله عليه وسلم الشبهة وحكم لها بحكم اليقين فمنع بها من صلة الرحم وهو صلى الله عليه وسلم انما بعث بصلة الارحام قال الله عز وجل واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام أي أولو الارحام ان يقطعوها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأبواب الذرائع في الكتاب والسنة يطول ذكرها ولا يمكن حصرها من ذلك قول النبي صلي الله عليه وسلم دع ما يريبك الى مالا يريبك وقوله الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه ومن وقع في

المشتبهات كان كالواقع حول الحما يوشك ان يقع فيه وقال الا لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه ومن حام حول الحمي يوشك ان يقع فيه والربا أحق ماحميت مراتمه ومنع منها لئلا يستباح الربا بالذرائع وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان من آخر ماأنزل الله على رسوله آية الربا فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يفسرها وأيضاً فان مراعاة التهمة أصل ينبني الشرع عليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولا جار الى نفسه ولم يجز أهل العلم شهادة الاب لابنه ولا شهادة الابن لابيه من طريق ومنه منعوا القاتل عن الميراث وورثوا المبتوتة في المرض ومثل هذا كثير وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا باع الرجل من الرجل سلعة بنقد ثم اشتراها منه بدين أو باعها منه بدين ثم اشتراها منه بنقد أو باعها منه بدين ثم اشتراها منه بدين أو باعها منه بنقد ثم اشتراها منه بنقد وقد غاب على النقد فانك تنظر في هذا الى الذي أخرج دراهمه أولا فان كان رجع اليه مثلها أو أقل فذلك جائز وان رجع اليه أكثر منها نظرت فان كانا من أهل العينة أو أحدهما لم يجز ذلك بحال كانت البيعة الاولى بالنقد أو بالنسيئة وان لم يكونا من أهل العينة جاز ان كانت البيعة الاولى بالنقد ولم يجز ان كانت بالنسيئة وذلك ان أهل العينة يتهمون فيما لا يتهم فيه أهل الصحة لعلمهم بالمكروه من ذلك أن يبيع الرجل من العينة طعاما أو غيره بخمسة نقداً وخمسة الى أجل اذا كان انما يبتاعه للبيع وذلك جائز لغير أهل العينة وذلك ان يبيع الرجل من أهل العينة طعاما أو غيره بثمن الى أجل ثم يستروضه المبتاع من الثمن فيضع عنه فان مالكا وغيره من أهل العلم كرهوا ذلك لانه انما يبيعه على المراوضة فانما يضع عنه ويرده الى ما كان راوضه عليه فصار البيع الذي عقداه تحليلا للربا الذي عقداه وتفسير هذا أن يأتي الرجل الى الرجل من أهل العينة فيقول له اسلفني ذهبا في أكثر منها الى أجل فيقول له أسلفك درهما في اثنين الى أجل فيقول لا أعطيك في الدرهم الا درهما وربما فيتراوضان ويتفقان على أن يربح منه في الدرهم نصف درهم ثم يقول له هذا لا يحل ولكن عندي سلعة قيمتها

مائة درهم أبيعها منك بمائة وخمسين الى شهر فتبيعها أنت بمائة فيتم لك مرادك فيرضى بذلك ويأخذ السلعة منه ويبيعها بثمانين ثم يرجع اليه فيقول له انى قد وضعت فى السلعة وضيعة كثيرة فحط عنى من المائة وخمسين ما يجب للعشرين التى وضعتها في السلعة فيضع عنه ثلاثين تتميا للمراوضة التى عقدا بينهما عليها فيؤل أمرهما الى أن أسلم اليه ثمانين فى مائة وعشرين فهذا وجه كراهية مالك رحمه الله للوضيعة في هذه المسئلة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وفى شراء الرجل السلعة التى باعها بثمن الى أجل ممن ابتاعها منه بثمن من جنس الثمن الذى باعها به منه سبع وعشرون مسئلة وذلك أنه قد يشتريها نقداً أو الى أجل دون الاجل الذى باع اليه أو الى أبعد منه بمثل الثمن أو بأقل منه أو بأكثر فهذه تسع مسائل وقد يشتريها وزيادة معها بمثل ذلك الثمن أو أقل منه أو أكثر نقداً أو الى ذلك الاجل أو الى أبعد منه فهذه تسع أخر وقد يشترى بعضها بمثل ذلك الثمن أو أقل منه أو أكثر نقداً أو الى ذلك الاجل أو الى أبعد منه فهذه تسع أخرى فتمت سبع وعشرون مسئلة كما ذكرناه فأما الى ذلك الاجل فيجوز بكل حال اشتراها كلها أو بعضها أو اشتراها وزيادة معها بمثل الثمن أو أقل أو أكثر لان الحكم يوجب المقاصة اذا اتفقت الآجال وان لم يشترطاها فترتفع التهمة بذلك فى جميع الوجوه وأما بالنقد أو الى أجل دون ذلك الاجل فان كان اشتراها أو بعضها فيجوز بمثل الثمن وأكثر ولا يجوز بأقل وان كان اشتراها وزيادة عليها فلا يجوز بمثل الثمن ولا بأقل ولا بأكثر وأما الى أبعد من ذلك الاجل فان كان اشتراها وحدها أو اشتراها وزيادة عليها فيجوز بمثل الثمن وأقل منه ولا يجوز بأكثر منه وان كان اشترى بعضها فلا يجوز على حال لا بمثل الثمن ولا بأقل ولا بأكثر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وسواء غاب على السلعة أو لم يغب عليها لانها تعرف بعينها بعد الغيبة عليها وانما يفترق ذلك فى الطعام والمكيل والموزون من العروض لان ذلك لا يعرف بعينه اذا غيب عليه فيتفرع ذلك فيما لا يعرف بعينه اذا غيب عليه الى أربع وخمسين

مسئلة وذلك انها تنحصر فى التقسيم الى تسعة أقسام لا زيادة فيها اذ لا يخلو ان يبتاع منه طعاما بمثل الثمن أيضا أو بأقل أو بأكثر فهذه تسعة أقسام وكل قسم منها ينقسم الى قسمين أحدهما ان يكون قدغاب على الطعام والثانى ان يكون لم يغب عليه فهذه ثمانية عشر قسما لا زيادة فيها كل قسم ينقسم على ثلاثة أقسام أحدها إن يبتاع ذلك بنقد أو الى أجل دون ذلك الاجل والثانى ان يبتاعه الى ذلك الاجل بشرط المقاصة أو بسكوتهما عن الشرط اذ يوجب ذلك الحكم والثالث ان يبتاعه الى أبعد من ذلك الاجل فهذه أربع وخمسون مسئلة كما ذكرنا ثمان عشرة مسئلة في الشراء بالنقد أو الى أجل دون الاجل وثمان عشرة مسئلة فى الشراء الى ذلك الاجل على المقاصة فهذه ستة وثلاثون مسئلة وثمان عشرة مسئلة فى الشراء الى أبعد من الاجل فأما الستة والثلاثون مسئلة المتحصلة فى الشراء بالنقد أو الى ذلك الاجل بعينه فمنها خمس عشرة مسئلة لا تجوز باتفاق ومسئلة تجوز على اختلاف وسائرها يجوز باتفاق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويعتبر الجائز منها من الفاسد بوجهين أحدهما ان يشترى منه أكثر مما باع من الطعام والثانى ان يشتري منه بأقل من الثمن الذى باع به الطعام فهذان الوجهان لا يجوزان نقداً ويجوزان مقاصة ان كان لم يغب على الطعام ولا يجوزان نقداً ولا مقاصة ان كان غاب عليه لا يجوز أن يشترى منه طعامه بزيادة شئ من الاشياء عليه بمثل الثمن ولا بأكثر منه ولا بأقل منه نقداً إن كان لم يغب على الطعام ولا نقدا ولا مقاصة ان كان غاب عليه ولا يجوز له أن يشترى منه الطعام الذى باعه منه بعينه ولا بعضه ولا أن يشتريه وزيادة عليه وان كان لم يغب عليه بأقل من الثمن نقداً ولا نقداً ومقاصة ان كان غاب عليه ويجوز سائر الوجوه نقداً ومقاصة حاشا المسئلة التى ذكرنا انها تجوز على اختلاف وهي أن يبتاع منه بمثل الثمن أقل من الطعام مقاصة فان قول مالك رحمه الله تعالى اختلف فى ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما الثمان عشرة مسئلة المتحصلة من شراء ذلك الى أبعد من الاجل فمنها ثلاث عشرة لاتجوز باتفاق ومسئلة تجوز على اختلاف وسائرها وهى أربع تجوز باتفاق ويعتبر الجائز منها من الفاسد بوجهين أيضا (أحدهما) أن يشترى منه أقل من الكيل (والثانى) أن يشترى منه بأ كثر من الثمن فهذان الوجهان لايجوزان ان غاب على الطعام أولم يغب وسائر الوجوه يجوز ان لم يغب على الطعام ولا يجوز ان غاب عليه حاشا المسئلة المختلف فيها وهى أن يشتريه منه وقد غاب عليه بمثل الثمن الى أبعد من الاجل فيجوز ذلك على مذهب ابن القاسم ولا يجوز على مذهب ابن الماجشون والعلة فى ذلك أسلفني وأسلفك لان أمرهما آل الى ذلك فكرهه ابن الماجشون ولم يجزه وخففه ابن القاسم ولم يتهمهما فى ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ في تنزيل الخمس عشرة مسئلة التى لاتجوز من الستة والثلاثين مسئلة المتحصلة فى الشراء بالنقد والى ذلك الاجل وتبيين عللها (إحداها) أن يبتاع منه مثل طعامه وقد غاب عليه بأقل من الثمن نقداً مثال ذلك أن يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم نقداً الى شهر ثم يبتاع منه بعد ان غاب على الطعام عشرة أرادب بخمسة دراهم نقدا فهذا لايجوز لان البائع الاول وهو المبتاع الثاني يدفع الى المبتاع الاول خمسة دراهم ويأخذ منه عشرة دراهم اذا حل الأجل وقد دفع اليه عشرة أرادب فغاب عليها وانتفع بها ثم رد اليه مثلها فكأنه سلم اليه خمسة دراهم في عشرة الى أجل وأسلفه عشرة أرادب وقد سبب ذلك فيدخله سلف دراهم في أ كثر منها الى أجل ودراهم وطعام فى دراهم أ كثر منها وطعام وذلك ما لا يحل ولا يجوز فيتهمان على أنهما قصدا الي ذلك وتحيلا لاجازته بما أظهرا من البيعتين الصحيحتين (والثانية) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه قاصه بالخمسة دراهم من العشرة ولم ينقده اياها فلا يجوز أيضاً لان أمرهما آل الى أن أسلفه عشرة أرادب فانتفع بها ثم رد اليه مثلها على أن يعطيه المسلف خمسة دراهم اذا حل الاجل لانتفاعه بالسلف وقد نهى رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن سلف جر منفعة وذلك أيضاً مضارع لربا الجاهلية المحرم بالقرآن واما ان تربي فيتهمان على القصد الى ذلك والتحيل لاجازته بما أظهرا من البيعتين الصحيحتين (والثالثة) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه لم يغب على الطعام فيستوفيه منه بعينه بخمسة دراهم نقداً فلا يجوز أيضاً لان أمرهما آل الى أن دفع المبتاع الثانى الي المبتاع الاول خمسة دراهم في عشرة دراهم الى أجل والطعام رجع اليه بعينه فكان لغواً (والرابعة) أن يشترى منه أكثر من طعامه وقد غاب عليه بمثل الثمن نقداً مثال ذلك أن يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم الى أجل فيغيب على الطعام ثم يبتاع منه عشرين أردبا بعشرة دراهم نقداً فهذا لا يجوز وتدخله الزيادة فى السلف ودراهم وطعام في دراهم وطعام الى أجل لان أمرهما آل الى أن دفع البائع الاول الى المبتاع الاول عشرة أرادب وعشرة دراهم نقداً فى عشرين أردبا وعشرة دراهم الى أجل فيتهمان على القصد الى ذلك (والخامسة) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه قاصه بالعشرة دراهم من العشرة ولم ينقده اياها فهذا لا يجوز وتدخله الزيادة في السلف لانه دفع اليه عشرة أرادب فانتفع بها ثم رد اليه عشرين أردبا والثمن بالثمن ملغى لانه مقاصة فيتهمان على القصد الى ذلك (والسادسة) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه لم يغب على الطعام فيشتريه منه بعينه وعشرة أرادب أخرى بعشرة دراهم نقدا فهى لاتجوز أيضا ويدخله الزيادة فى السلف لانه دفع اليه عشرة دراهم نقداً ويأخذ التى باع منه رجعت اليه باعيانها فكانت ملغاة (والسابعة) ان يشترى منه أكثر من طعامه بعد ان غاب عليه باقل من الثمن نقداً فهذا لايجوز أيضا ويدخله الزيادة في السلف وطعام ودراهم بدراهم وطعام الى أجل لان البائع الاول دفع الى المبتاع الاول عشرة دراهم فيتهمان على القصد الى ذلك (والثامنة) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه قاصه بالخمسة دراهم من العشرة الدراهم ولم ينقده اياها فهذا لايجوز وتدخله الزيادة فى السلف لان أمرهما آل الى أن دفع اليه عشرة أرادب فانتفع بها ثم أخذ منه عشرين أردبا ويأخذ منه أيضا خمسة دراهم اذا حل الاجل وتسقطه

الخمسة بالمقاصة فكانه أقرضه عشرة أرادب على أن يرد اليه فيها عشرين أردبا وخمسة دراهم (والتاسعة) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه لم يغب على الطعام فيبتاعه منه بعينه وعشرة أرادب معه بخمسة دراهم نقدا فهذا لايجوز وتدخله الزيادة في السلف لان أمرهما آل الى ان دفع خمسة دراهم نقداً في عشرة دراهم الى أجل وعشرة أرادب نقدا لان العشرة الارادب التى باع منه رجعت اليها باعيانها فكانت ملغاة (والعاشرة) ان يشترى منه أ كثر من طعامه بعد ان غاب عليه با كثر من الثمن نقداً مثال ذلك ان يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم الى أجل ثم يبتاع منه بعد ان غاب على الطعام عشرين أردبا بعشرين درهما نقداً فيدخله البيع والسلف لانه كان أقرضه العشرة الارادب التى غاب عليها وعشرة دراهم من العشرين درهما التى نقده إياها على العشرة الارادب الزائدة في الطعام بالعشرة الدراهم الزائدة فى الثمن (والحادية عشرة) ان تكون المسئلة بحالها الا انه قاصه من العشرين درهما بعشرة دراهم فى العشرة التى له عليه من ثمن الطعام ولم ينقده الا عشرة دراهم فهذا لا يجوز ويدخله البيع والسلف أيضا لانه كانه أقرضه العشرة الارادب الزائدة في الطعام بالعشرة الدراهم الزائدة فى الثمن (والثانية عشرة) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه لم يغب على الطعام فيشتريه منه بعينه وعشرة أرادب معه بعشرين درهما يأخذها منه اذا حل الاجل على أن باع منه العشرة الارادب الزائدة على الطعام بالعشرة الدراهم الزائدة علي الثمن والعشرة الارادب التى رجعت اليه بأعيانها ملغاة كأن لم تكن (والثالثة عشرة) أن يبتاع منه أقل من الطعام بعد أن غاب عليه بأقل من الثمن نقداً ومثالها أن يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم الى أجل وطعام ويدخلها البيع والسلف لان الخمسة الارادب التي رجعت الى البائع كأنه سلف أسلفه إياه فالخمسة الدراهم التي دفع الآن نقداً كانها سلف أيضاً يقتضيه اذا حل الاجل والخمسة أرادب التي بقيت عند المبتاع الاول خمسة أرادب وخمسة دراهم على أن باع منه خمسة أرادب بخمسة دراهم وذلك ما لا يحل ولا يجوز (والرابع عشرة) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه قاصه بخمسة دراهم فى خمسة من

المشرة التي له عليه ولم ينقده اياها يدخله البيع والسلف لانه كان أسلفه الخمسة الارادب التي غاب عليها ثم ردها اليـه وباعه الخمسـة الارادب الاخري بالخمسة الدراهم التي يأخذها منه عند حلول الاجل وسقط خمسة بخمسة مقاصة (والخامس عشرة) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه لم يغب علي الطعام فيبتاع منه خمسة أرادب بخمسة دراهم الارادب بالعشرة الدراهم التي يأخذها منه عند الاجـل والخمسة الارادب الاخرى رجعت اليه بأعيانها فكانت ملغاة وأما المسئلة المختلف فيها فهي أن يشتري منـه أقل من الطعام وقد غاب عليه بمثل الثمن مقاصة ومثالها أن يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم الى أجـل ثم يبتاع منـه بعد ان غاب على الطعام خمسـة أرادب بعشرة دراهم مقاصة بالعشرة مثاقيل التى وجبت له عليه من ثمن الطعام فيـدخلها اقتضاء الطعام من ثمن الطعام لانه باع منه عشرة أرادب ثم أخذ منه فى ثمنها خمسة أرادب فمرة كرهها مالك رضي الله عنـه ورأي أن الخمسـة الارادب ثمن العشرة الارادب كانه أعطاه خمسة أرادب على أن يضمن له الخمسـة الاخري الى أجل ومرة استخف ذلك ورأى أن التهمة بعيدة لأن القاصد الى مثل هذا قليل من الناس وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ في بيان الثلاث عشرة مسئلة التي لاتجوز من الثمان عشرة مسئلة المتحصلة فى الشراء الى أبعد من الاجل وتبيين عللها (إحداها) أن يشترى منه أقل من الكيل بمثل الثمن بعـد ان غاب على الطعام الى أبعد من الاجـل ومثالها ان يبيع منه عشرة أرادب بعشرة دراهم الى شهـر فيدفع الطعام اليـه ويغيب عليـه ثم يبتاع منه ثمـانية أرادب من صنف طعامه بعشرة دراهم الى شهرين فذلك لايجوز ويدخـله الزيادة فى السـلف لان امرها آل بينهما الى ان يدفع المبتاع الاول الى البائع الاول عنـد انقضاء شهر عشرة دراهم ويأخذ منه عند انقضاء شهرين وقد دفع اليه البائع الاول عشرة أرادب فرد اليه منها ثمانية بعد ان غاب عليها وبقيت عنده أردبان فيعد ذلك سلفا من كل واحـد منهما لصاحبه على ان زاد البائع الاول للمبتاع الثـاني أردبان

ويتهمان على القصد لذلك والتحيل لاجازته بما أظهراه من البيعتين الصحيحتين (والثانية) ان تكون المسئلة بحالها الا انه لم يغب على الطعام ويدخله أيضا الزيادة فى السلف كان المبتاع الاول سلف البائع الاول عشرة دراهم شهراً على ان يعطيه أردبين من طعام وهي التي بقيت عنده من الطعام الذي ابتاع منه وسائره رجع اليه بعينه فكان لغوا (والثالثة) ان يشتري منه أقل من المكيل بأقل من الثمن بعدان غاب على الطعام يدخلها البيع والسلف لان ما نقصر من الكيل بما نقص من الثمن يمضى فيه البيع على ان أسلف كل واحد منهما لصاحبه لغيبة المبتاع على الطعام (والرابعة) أن تكون المسئلة بحالها الا أن المبتاع لم يغب على الطعام يدخلها أيضا البيع والسلف لان مانقص من الكيل بما نقص من الثمن يمضي فيه البيع على ان أسلف المبتاع الاول للبائع الاول ثمانية دراهم عند شهر يأخذها منه عند انقضاء شهرين على مانزلناه (والخامسة) هي أن يشتري منه أقل من الكيل بأكثر من الثمن بعد ان غاب على الطعام يدخلها الزيادة في السلف لان أمرهما آل بينهما الى أن يدفع المبتاع الاول الى البائع الاول عشرة دراهم عند شهر ويأخذ منه اثنا عشر درهما عند انقضاء شهرين على انأسلفه البائع الاول ثمانية أرادب واعطاه أردبين لان الطعام لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه فيتهمان على القصد الى ذلك (والسادسة) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه لم يغب على الطعام يدخلها أيضاً سلم دراهم في أكثر منها الى أجل بزيادة أردبين يأخذهما المبتاع الاول من الطعام الذي باع منه البائع الاول والثمانية الارادب التي رجعت اليه بعينها لغو ويدخل أيضا ذلك بيع الطعام نقداً ودراهم الى أجل بدراهم أكثر منها الى أجل (والسابعة) ان يشتري منه الكيل بأكثر من الثمن بعد ان غاب على الطعام يدخلها سلم دراهم في أكثر منها الى أجل لان البائع الاول يأخذ من المبتاع الاول عشرة دراهم عند انقضاء الشهر ويدفع اليه اثنى عشر درهما عند انقضاء شهرين على أن أسلف البائع الاول عشرة أرادب اذ لا يعرف الطعام بعينه بعد الغيبة عليه (والثامنة) أن تكون المسئلة بحالها الا أنه لم يغب على الطعام يدخلها أيضاً سلم دراهم

فى أكثر منها الى أجل لان البائع الاول يأخذ من المبتاع الاول عشرة دراهم عند شهر ويدفع اليه اثنى عشر درهما عند شهرين ورجع اليه طعامه لعينه فكان لغوا (والتاسعة) هى أن يشترى منه أكثر من الكيل بأكثر من الثمن بعد ان غاب على الطعام يدخلها البيع والسلف لان المبتاع الاول باع من البائع الاول على المثال الذى وصفناه الاردبين الذين زادهما على الطعام بالدرهمين الذين يأخذهما منه زيادة على الثمن على ان أسلف هذا هذا عشرة دراهم وهذا هذا عشرة أرادب (والعاشرة) ان تكون المسئلة على حالها الا انه لم يغب على الطعام يدخلها أيضا البيع والسلف لانهما تبايعا الزيادة على الطعام بالزيادة على الثمن على ان أسلف المبتاع الاول للبائع الاول عشرة دراهم شهراً والعشرة الارادب التى دفع البائع رجعت اليه بعينها فكانت لغواً (والحادية عشرة) وهى ان يشترى منه أكثر من الطعام بأقل من الثمن بعد ان غاب على الطعام يدخلها الزيادة فى السلف لان الطعام لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه فكانه أسلفه عشرة أرادب فانتفع بها ثم رد اليه اثنى عشر أردبا ولو كان لم يغب على الطعام لكان جائزاً لان طعامه بعينه رجع اليه فلم يكن فيه سلف وآل أمرهما الى أن دفع المبتاع الى البائع أردبين من طعام ويدفع اليه أيضا عشرة دراهم عند شهر ويأخذ منه ثمانية دراهم عند انقضاء شهرين فلا يتهم فى مثل هذا (والثانية عشرة) وهى أن يشترى منه أكثر من الكيل بمثل الثمن بعد أن غاب على الطعام يدخلها الزيادة فى السلف لان الطعام لا يعرف بعينه اذا غيب عليه فكانه أسلفه عشرة أرادب فانتفع بها ثم رد اليه اثني عشر أردبا ولو كان لم يغب على الطعام لكان جائزاً لان طعامه بعينه رجع اليه فلم يكن فيه سلف وآل أمرهما الى أن أسلف المبتاع البائع عشرة دراهم شهراً وأعطاه أردبين فيكون قد صنع معه معروفا من جهتين (والثالثة عشرة) وهى أن يشتري منه مثل الكيل بأقل من الثمن بعد ان غاب على الطعام يدخلها أيضا الزيادة فى السلف لان الطعام لا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه فكأن البائع أسلف المبتاع عشرة أرادب فانتفع بها ورد اليه مثلها على أن يدفع اليه المبتاع اذا حل الاجل دينارين ثمنا لما أسلفه وثمانية دراهم تكون

سلفا عنده الى حلول الاجل الثانى ولو كان لم يغب على الطعام لكان جائزاً لان طعامه بعينه عند الاجل الثاني فلا يتهم فى هذا أحد وأما المسئلة المختلف فيهاوهي أن يشترى منه مثل الطعام بمثل الثمن بعد ان غاب على الطعام فيدخلها أسلفنى وأسلفك فخفف ذلك ابن القاسم وكرهه ابن الماجشون ولو لم يغب على الطعام لكان جائزاً لان الطعام بعينه رجع اليه فصار لغواً وآل أمرهما الى أن أسلف المبتاع البائع دراهم في مثلها الى أجل وذلك جائز وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا باع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم ابتاعها منه بأقل من ذلك الثمن نقدا فسخت البيعتان جميعا عند ابن الماجشون وهو الصحيح في النظر ودليله من جهة الاثر قول عائشة رضى الله عنها فى الحديث بئس ما شريت وبئس ما اشتريت لانها عابت البيعتين جميعا ولم يفسخ عند ابن القاسم الا البيعة الاخيرة ان كانت السلعة قائمة واختلف ان فاتت قيل بحوالة الاسواق وهو مذهب سحنون وقيل بالعيوب المفسدة واليه ذهب أبو اسحاق التونسى وغيره من المتأخرين على ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يفسخ البيعتان جميعافلايكون للبائع على المبتاع الا الثمن الذي دفع اليه والى هذا ذهب أبو اسحاق التونسى تأويلا على ابن القاسم (والثانى) أنه لا يفسخ البيعة الاولى ويصحح الثانية بالقيمة فان كانت القيمة أكثر من الثمن الذى باعها به أولا قضى عليه بالقيمة فاذا حل الاجل أخذ الثمن اذ لا تهمة في ذلك وان كانت القيمة أكثر من ذلك لئلا يكون قد دفع دنانير في أكثر منها فيتم الربا بينهما وهذا يأتى على ما فى سماع سحنون من كتاب السلم والآجال (والثالث) أنه ان كانت القيمة أقل من الثمن فسخت البيعتان ولم يكن للبائع على المبتاع الا الثمن الذى دفع اليه وان كان أكثر من القيمة فسخت البيعة الثانية خاصة وقضى عليه بالقيمة فاذا حل الاجل أخذ الثمن والى هذا ذهب عبد الحق تأويلا على ابن القاسم وهو قول سحنون نصاً في حديث عائشة رضى الله عنها فى بعض الروايات بئس ما شريت أو بئس ما اشتريت على الشك من المحدث فعلى هذه الرواية لا يكون على ابن القاسم حجة من الحديث

وان كانت المبايعة المذكورة في الحديث وقعت بين ام ولد زيد بن أرقم ومولاها وهي أم ولد قبل أن يبتل عتقها فيأتي قول عائشة رضى الله عنها فيه على تحظير الربا بين العبد وسيده مع القول بتحريم الذرائع وفعل زيد بن أرقم على اجازة ذلك واستجازته الذرائع وان كانت المبايعة وقعت بينهما وقد بتل عتقها ففعل زيد بن أرقم على استجازة الذرائع وكان شيخنا الفقيه ابن رزق يضعف حديث عائشة هذا لقولها فيه أبلغي زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب لانه خالف ما في القرآن من أن الحسنات يذهبن السيآت وان الاعمال لا تبطل الا بالردة لقول الله عز وجل لئن أشركت ليحبطن عملك وقوله ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فاولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وهذا لو جاز أن يحمل عن زيد بن أرقم أنه عمل مع أم ولده في الباطن بما أظهراه من البيعتين على أن يأخذ منها ستمائة دينار في ثمانمائة الى أجل وهذا مالا يحل لمسلم ان يتأوله عليه فالذي فعل لا إثم عليه فيه ولا حرج فيما بينه وبين خالقه عند أحد من الامة الا أنه يكره ذلك لئلا تكون ذريعة لغيره يتطرق بها الى الربا واكثر أهل العلم يمضون البيعتين على ظاهرهما من الصحة ولا يتهمون المتبايعين ولا يرون الحكم بالذرائع وكذلك اذا باع الرجل السلعة بثمن الى أجل ثم ابتاعها منه بأكثر من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل تنفسخ البيعتان جميعاً عند ابن الماجشون والثانية وحدها عند ابن القاسم في قيام الا أن يشترط ان يقاصه بالثمن الاول عند الاجل الاول ويأخذ بقية الثمن الثاني عند الاجل واما اذا اشتراها منه الى الاجل الذي باعها اليه منه فذلك جائز والحكم يوجب المقاصة عند الاجل وما لم يتقاصا فالثمن لكل واحد منهما في ذمة صاحبه ثابت ولا يكون أحدهما أحق بما عليه من غرماء صاحبه إن المشتري الاول وهو البائع الثاني تحاص غرماؤه مع المشتري الثاني وهو البائع الاول فيما عليه فما وجب له من الحصاص أخذوه منه وان فلس المشتري الثاني وهو البائع الاول كان المشتري الاول وهو البائع الثاني أحق بالسلعة الا ان يشاء الغرماء ان يدفعوا اليه الثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد تقدم فيما مضي ان أهل العينة يتهمون فيما لايتهم فيه أهل الصحة لعلمهم بالمكروه واستباحتهم له وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والعينة على ثلاثة أوجه جائزة ومكروهة ومحظورة فالجائزة ان يمر الرجل بالرجل من أهل العينة فيقول له هل عندك سلعة كذا ابتاعها منك فيقول له لا فيخبره انه قد اشترى السلعة التى سأل عنه فيبيعها بما شاء من نقد أونسيئة والمكروهة ان يقول له اشتر سلعة كذا وكذا فانا اربحك فيها واشتريها منك من غير ان يراوضه على الربح والمحظورة ان يراوضه على الربح فيقول له اشتر سلعة كذا وكذا بعشرة دراهم نقدا وأنا ابتاعها منك باثنى عشر نقدا والثانية ان يقول له اشترها لى بعشرة نقدا وانا اشتريها منك باثنى عشر الى أجل والثالثة عكسها وهي ان يقول له اشترها لى باثني عشر الى أجل وانا اشتريها منك بعشرة نقدا والرابعة ان يقول له اشترها لنفسك بعشرة نقدا وانا اشتريها منك باثنى عشر نقداً والخامسة ان يقول له اشترها لنفسك بعشرة نقداً وأنا ابتاعها منك باثنى عشر الى أجل والسادسة عكسها وهي ان يقول له اشترها لنفسك أو اشتر ولا يزيد على ذلك باثني عشر الى أجل وأنا ابتاعها منك بعشرة نقداً فأما الاول وهو ان يقول اشترها لى بعشرة نقداً وأنا اشتريها منك بأثني عشر نقداً فالمأمور أجير على شراء السلعة للآمر بدينارين لانه انما اشتراها له وقوله وأنا أشتريها منك لغو لامعني له لان المقدة له بأمره فان كان النقد من عند الآمر أو من عند المأمور بغير شرط فذلك جائز وان كان النقد من عند المأمور بشرط فهى اجارة فاسدة لانه انما أعطاه الدينارين ان يبتاع له السلعة وينقد من عنده الثمن عنه فهي اجارة وسلف ويكون للمأمور اجارة مثله الا أن تكون اجارة مثله أكثر من الدينارين فلا يزاد عليهما على مذهب ابن القاسم في البيع والسلف اذا كان السلف من غير البائع وفاتت السلعة ان للبائع الاقل من القيمة بالغة ما بلغت يلزم أن يكون للمأمور هاهنا اجارة مثله بالغة ما بلغت وان كانت أكثر من الدينارين والاصح أن لا تكون له أجرة لانا ان جعلنا له الاجرة كانت ثمنا للسلف فكان تتميما

للربا الذي عقدا فيه وهو قول سعيد بن المسيب فهي ثلاثة أقوال فيما يكون له من الاجرة اذا نقد المأمور الثمن بشرط وهذا اذا عثر على الامر بحدثانه ورد السلف الى المأمور قبل أن ينتفع به الآمر واما ان لم يعثر على الامر حتى انتفع الآمر بالسلف قدر ما يرى أنهما كانا قصداه فلا يكون في المسئلة الا قولان (أحدهما) أن للمأمور اجارته بالغة ما بلغت (والثاني) أنه لاشيء له ولو عثر على الأمر قبل الابتياع وقبل أن ينقد المأمور الثمن لكان النقد من عند الآمر ولكان فيما يكون للاجير قولان (أحدهما) أن له اجارة مثله بالغة ما بلغت (والثاني) أن له الاقل من اجارة مثله أو الدينارين وابن حبيب يرى أن المأمور اذا نقد فقد تقدم الحرام بينهما فتدبر ذلك (وأما الثانية) وهو أن يقول اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقداً وأنا أبتاعها منك باثني عشر الى أجل فذلك حرام لا يحل ولا يجوز لانه رجل ازداد في سلفه فان وقع ذلك لزمت السلعة للآمر لان الشراء كان له وانما أسلفه المأمور ثمنها ليأخذ به منه أكثر منه الى أجل فيعطيه العشرة معجلة ويطرح عنه ما أربى ويكون له جعل مثله بالغا ما بلغ في قول والاقل من جعل مثله أو الدينارين الذين أربى له بهما في قول وفي قول سعيد بن المسيب لا أجرة له بحال لان ذلك تتميم للربا كالمسئلة المتقدمة قال في سماع سحنون وان لم تفت السلعة فسخ البيع وهو بعيد فقيل معنى ذلك اذا علم البائع الاول بعلمهما واما الثالثة وهي أن يقول له اشترها لي باثني عشر الى أجل وانا ابتاعها منك بعشرة نقدا فذلك أيضاً حرام لا يجوز ومكروهه أنه استأجر المأمور على أن يبتاع له السلعة بسلف عشرة دنانير يدفعها اليه ينتفع بها الى الاجل ثم يردها اليه فيلزم الآمر السلعة باثني عشر الى أجل ولا يتعجل المأمور منه العشرة النقد وان كان قد دفعها اليه صرفها عليه ولم تترك عنده الى الاجل وكان له جعل مثله بالغا ما بلغ في هذا الوجه باتفاق واما الرابعة وهي ان يقول له اشتر سلعة كذا بعشرة نقدا وانا اشتريها منك باثني عشر نقدا فاختلف في ذلك قول مالك فمرة اجازه اذا كانت البيعتان جميعا بالنقد وانتقد ومرة كرهه للمراوضة التي وقعت بينهما في السلعة قبل أن تصير في ملك المأمور واما الخامسة وهي

ان يقول اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقدا وانا ابتاعها منك باثني عشر الى أجل فهذا لايجوز الا أنه يختلف فيه اذا وقع فروي سحنون عن ابن القاسم وحكاه عن مالك أن الامر يكره الشراء باثني عشر الى أجل لان المشتري كان ضامنا لها لو تلفت في يده قبل أن يشتريها منه الآمر ولو أراد أن لا يأخذها بعد اشتراء المأمور كان ذلك له واستحب للمأمور أن يتورع فلا يأخذ من الآمر الا مانقد في ثمنها وقال ابن حبيب يفسخ البيع الثاني ان كانت السلعة قائمة وترد الى المأمور فان فاتت ردت الى قيمتها معجلة يوم قبضها الآمر كما يصنع بالبيع الحرام لانه كان على مواطأة بيعها قبل وجوبها للمأمور فدخله بيع ما ليس عندك واما السادسة وهي أن يقول له اشترها لنفسك باثني عشر الى أجل وانا ابتاعها منك بعشرة نقدا فروي سحنون عن ابن القاسم أيضاً ان البيع لا يرد اذا فات ولايكون على الآمر الا العشرة وأحب اليه ان لو أردفه الخمسة الباقية لان العقدة الاولى كانت للمأمور ولو شاء المشتري لم يشتر وقال ابن حبيب يفسخ البيع الثاني على كل حال كما يصنع بالبيع الحرام للمواطأة التي كانت للبيع قبل وجوبها للمأمور فان فاتت ردت الي قيمتها يوم قبضها الثاني وهو ظاهر رواية سحنون ان البيع الثاني يفسخ مالم تفت السلعة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ في تقسيم البيوع في الصحة والفساد البيوع تنقسم على ثلاثة أقسام بيوع جائزة وبيوع محظورة وبيوع مكروهة فالبيوع الجائزة هي التي لم يحظرها الشرع ولا ورد فيها نهيّ لان الله تعالى أباح البيع لعباده وأذن لهم فيه في غير ما آية من كتابه من ذلك قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع ثم قال تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله ولفظ البيع لفظ عام لان الاسم المفرد اذا دخل عليه الالف واللام صار من الفاظ العموم قال الله عز وجل والعصر ان الانسان لفي خسر الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات فاستثنى الانسان من جماعة

المؤمنين لاقتضائه العموم واللفظ العام اذا ورد يحمل على عمومه الا ان يأتي مايخصه فان خص منه شئ بقى مابعد المخصوص على عمومه ايضا فيندرج تحت قوله تعالى وأحل الله البيع كل بيع الاما خص منه بالدليل وقد خص منه بأدلة الشرع بيوع كثيرة فبقي ما عداها على أصل الاباحة ولذلك قلنا فى البيوع الجائزة انها مالم يحظرها الشرع ولا ورد فيها النهي وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والاشياء الموجودة بأيدى الناس تنقسم على قسمين (أحدهما) مالا يصح ملكه (والثاني) ما يصح ملكه فأما ما لا يصح ملكه فلا يجوز بيعه باجماع كالحر والخمر والخنزير والقرد والدم والميتة وما أشبه ذلك وأما مايصح ملكه فانه ينقسم على قسمين (أحدهما) ما لا يصح بيعه اما لانه على صفة لا يجوز بيعه عليها كالعبد الابق والجمل الشارد وتراب الصواغين وما أشبه ذلك واما لان الشرع حرم بيعه كالاوقاف ولحوم الضحايا عند جماعة العلماء والمصحف عند بعضهم والكلب المأذون فى اتخاذه عند بعض أصحابنا (والثاني) يصح بيعه ما لم يقع على وجه يمنع الشرع منه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والوجوه التى يمنع الشرع من عقد البيع عليها كثيرة منها ما يعود الى الثمن والمثمون ومنها ما يعود الي حال المتبايعين ومنها ما يعود الى الحال التي وقع فيها البيع فأما ما يعود منها الى الثمن والمثمون فمنها شرط فى صحة البيع وجوداً وعدما باتفاق كعدم الربا ومعرفة الثمن والمثمون وعدم الجهل بهما والغرر الى ما سوى ذلك مما يشترط في صحة البيع وأما ما يعود منها الى حال المتبايعين أو الى الحال التي وقع فيها البيع ففيه تفصيل واختلاف سأبينه فيما بعد ان شاء الله تعالى وبالله سبحانه وتعالي التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما البيوع المحظورة فانها تنقسم الى اربعة اقسام (أحدها) ما كان محظورا لتعلقه بالمحظور دون أن يطابقه نهى أو يخل فيه بشرط من الشرائط المشترطة فى صحته. (والثاني) ماطابقه النهى ولم يخل فيه بشرط من الشرائط المشترطة في صحته والثالث ما

أدخل فيه بشرط من شرائط صحته (والرابع) بيوع الشروط وهي التي يسميها الفقهاء بيوع الثنيا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما القسم الاول وهو ما كان محظوراً لتعلقه بالمحظور دون أن يطابقه نهي أو يخل فيه بشرط من شرائطه مثل أن يبيع قبل الصلاة والشراء في موضع مغصوب وما اشبه ذلك فان البيع على هذا الوجه حرام محظور غير جائز الا أنه اذا وقع لم يفسخ فات أو لم يفت باتفاق الا ما كان من هذا النوع علة الحظر فيه باقية ببقاء البيع مثل شراء النصراني المصحف والمسلم وشراء الدين على الرجل ارادة الاضرار به فقيل انه يفسخ ببقاء علة الحظر فيه بيع البيع وقيل انه لا يفسخ وترفع العلة ببيع المشتري على المشترى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما القسم الثاني وهو ما طابقه النهي ولم يخل فيه بشرط من الشرائط المشترطة في صحته مثل البيع في وقت الجمعة وبيع حاضر لباد وبيع الرجل على بيع أخيه وبيع الملتقى وبيع التفرقة وما اشبه هذا من البيوع فيختلف أهل العلم فيها اذا وقعت على قولين فمن رأى ان النهي لا يقتضى فساد المنهي عنه لم يفسخها وان كانت السلعة قائمة ومن رأى ان النهي يقتضي فساد المنهي عنه فسخها ان كانت السلعة قائمة وان كانت فائتة ردت قيمتها وكان رد قيمتها كرد عينها وفي هذا النوع من البيوع قول ثالث انها تفسخ ما كانت السلعة قائمة فان فاتت مضت بالثمن ولم ترد الى القيمة وهو قول بين القولين لا يجرى على قياس وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما القسم الثالث من البيوع وهو ما أخل فيه بشرط من شرائط صحته فانها تنفسخ على كل حال ولا خيار في ذلك لاحد المتبايعين وترد السلعة الى البائع ان كانت قائمة أو قيمتها يوم القبض ان كانت فائتة ويرد البائع الثمن على المشترى وقد تقدم ذكر بعض الشروط المشترطة في صحة البيع وان من ذلك أن يكون مبلغ الثمن والمثمون معلوما ولا يلزم أن يزيد في هذه الشروط حال العقد الا على مذهب عبد العزيز بن أبي سلمة الذى لا يجيز شراء الصبرة على الكيل كل قفيز بدرهم اذ

لا يعلم مبلغ الثمن والمثمون حال العقد وانما يعلم بعد الكيل فاذا باع الرجل السلعة بثمن مجهول أو الى أجل مجهول أو ما أشبه ذلك فسخ على كل حال فى القيام والفوات شاء المتبايعان أو أبيا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما القسم الرابع وهى بيوع الشروط التي يسميها أهل العلم بيوع الثنيا فذلك مثل أن يبيع الرجل السلعة على أن لا يبيع ولا يهب أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن لا يخرج بها من البلد أو على أن لا يعزل عنها أو على أن لا يجيزها البحر أو على ان باعها فهو أحق بها بالثمن الذى يبيعها به أو على أنه فيها بالخيار الى أجل بعيد لايجوز الخيار اليه أو ما أشبه ذلك من الشروط التي تقتضى التحجير على المشترى فى السلعة التى اشترى فهذا النوع من البيوع اختلف فيه اذا وقع شيء منها على قولين (أحدهما) أنه يفسخ مادام البائع متمسكا بشرطه وان ترك الشرط صح البيع وان فاتت السلعة كان فيها الاكثر من القيمة أو الثمن وقيل إنه يرجع البائع على المشتري اذا فاتت بمقدار مانقص من الثمن بسبب الشرط على كل حال ولا ينظر فى ذلك الى القيمة كانت أقل من الثمن أو أكثر ووجه العمل فى ذلك على هذا القول أن تقوم السلعة بشرط وبغير شرط وما كان بين القيمتين من الاجزاء رجع البائع على المبتاع بذلك من الثمن فهذا حكم هذا الباب على هذا القول وهو المشهور في المذهب الا في مسئلة واحدة وهي شراء الرجل السلعة على أنه فيها بالخيار الى أجل بعيد لايجوز الخيار اليه فانه يفسخ فيها البيع على كل حال ولايمضي ولو رضي مشترط الخيار بترك الشرط لان رضاه بذلك ليس تركا منه للشرط وانما هو مختار للبيع علي الخيار الفاسد الذي اشترط والقول الثاني ان حكم هذه البيوع كلها حكم ما فسد من البيوع الاخلال بشرط من شروط صحتها فتفسخ على كل حال كانت قائمة أو فائتة شاء المتبايعان أو أبيا ولاخيار في ذلك لواحد منهما فان كانت السلعة قائمة ردت بعينها وان كانت فائتة ردت قيمتها على البائع بالغة ما بلغت ورد الثمن على المشترى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف أيضاً في البيع والسلف اذا وقع فقيل يفسخ مادام مشترط السلف متمسكا بشرطه فان رضى بتركه على مذهب سحنون أو رده على مذهب ابن القاسم يريد والله أعلم قبل ان يغيب عليه كان المشترى هو مشترط السلف أو إلا كثر من القيمة أو الثمن ان كان البائع هو مشترط السلف كالحكم في بيوع الثنيا سواء هذا قول ابن القاسم في المدونة وفي العاشرة ليحيي عن ابن القاسم ان فيها القيمة بالغة ما بلغت كانت أقل من الثمن أو أكثر وهو ظاهر روايته عنه في السلم والآجال من العتبية وعلي هذا يفسخ البيعان شاء المتبايعان أو أبيا اذا كانت السلعة قائمة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فيحتمل ان تكون رواية يحي عن ابن القاسم هذه على مذهب من يرى في بيوع الثنيا انها فاسدة فتفسخ على كل حال ولاخيار لاحد المتبايعين في امضائها ويحتمل ان يكون رأى اشتراط السلف في البيوع أشد من تلك الشروط لان شرط السلف في البيوع انما أراد الانتفاع به الى الاجل الذى سمياه والانتفاع به مجهول فآل الامر الى الجهل بالثمن ان كان البائع هو مشترط السلف أو الى الجهل بالمثمون ان كان المشتري هو مشترط السلف والعلم بالثمن والمثمون يشترط في صحة البيع وقد جعل مالك رحمه الله تعالى برواية أشهب عنه من العتبية البيع والسلف اخف من بيوع الثنيا فقال في الذى يبيع الجارية بشرط أن تتخذ أم ولد أن البيع يفسخ وان رضى البائع بترك الشرط وفي الذي باع بشرط السلف أن البيع لا يفسخ اذا رضى البائع بترك السلف فلم ير على هذه الرواية أن اشتراط السلف من أحد المتبايعين على صاحبه لا يوجب مجهلة في الثمن ولا في المثمون اذ لم يتحقق عنده ان مشترط السلف قصد الى بيع سلعته بالثمن الذى سماه وبما يربح في السلف اذ قد لا يريده للتجارة فيه وانما غرضه فيه أن يبتاع به عرضا بعينه أو ثوبا يلبسه أو طعاما يأكله أو ينفع به رجلا فيسلفه اياه أو يهبه أو يتصدق به عليه أو ما أشبه ذلك من وجوه المنافع الموجودة فيه لان الشرط اذا آل به البيع الى الغرر أو المجهلة في الثمن أو المثمون فالبيع فاسد

مفسوخ على كل حال ولا خيار في امضائه لأحد المتبايعين في قيام السلعة وفيه القيمة بالغة ما بلغت في فواتها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما قلنا ذلك لان الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك رحمه الله تنقسم على أربعة أقسام (أحدها) يفسخ به البيع على كل حال ولا خيار في الربا والغرر في الثمن أو المثمون وما أشبه ذلك (والثاني) يفسخ فيه البيع ما دام مشترط الشرط متمسكا بشرطه فان رضي بترك الشرط صح البيع ان كان لم يفت وان كان قد فات كان فيها الاقل من الثمن أو القيمة أو الاكثر من القيمة أو الثمن على التفسير الذي قدمناه في بيوع الثنيا (والثالث) يجوز فيه البيع والشرط وذلك اذا كان الشرط صحيحا ولم يؤل البيع به الى غرر ولا فساد في ثمن ولا مثمون ولا الى ما أشبه ذلك من الاخلال بشرط من الشرائط المشترطه في صحة البيع وذلك مثل أن يبيع الرجل الدار ويشترط سكناها أشهراً معلومة أو يبيع الدابة ويشترط ركوبها اياما يسيرة أو الى مكان قريب أو يشترط شرطا يوجبه الحكم وما أشبه ذلك (والرابع) يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط وذلك ما كان الشرط فيه غير صحيح الا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من الثمن وذلك مثل أن يبيع السلعة ويشترط ان لم يأت بالثمن الى ثلاثة أيام أونحوها فلا بيع بينهما مثل الذي يبتاع الحائط بشرط البراءة من الجائحة لان الجائحة لو اسقطها بعد وجوب البيع لم يلزمه ذلك لانه أسقط حقا قبل وجوبه فلما اشترط اسقاطها في عقد البيع لم يؤثر ذلك عنده في حصته لان الجائحة أمر نادر فلم يقع لشرطه ذلك حصة من الثمن ولم يلزم الشرط اذ حكمه ان يكون غير لازم الا بعد وجوب الرجوع بالجائحة وما أشبه ذلك فهذا مذهب مالك رحمه الله تعالى في الشروط المقترنة بالبيع وعلى هذا الترتيب لا يتعارض ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الباب خلاف ماذهب اليه أهل العراق روى ان عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت فيها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة رضوان الله عليهم أجمعين فسألت أبا حنيفة فقلت ماتقول في رجل باع بيعا واشترط شرطا فقال البيع باطل والشرط

باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسئلة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال لا أدري ماقالا حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال لا أدري ماقالا حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أشتري بريرة وأعتقها وإن اشترط أهلها الولاء فان الولاء لمن أعتق البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال لا أدري ماقالا حدثني مسعر بن كدام عن محارب ابن دثار عن جابر قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حلابها وظهرها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز فعرف مالك رحمه الله تعالى الاحاديث كلها واستعملها في مواضعها وتأولها على وجوهها فأما أبو حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فلم يمعنوا النظر ولا احسنوا تأويل الآثار والله يوفق من يشاء ويرشده ويشرح صدره لا رب غيره وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما البيوع المكروهة فهي التي اختلف أهل العلم فى اجازتها والحكم فيها أن تفسخ ما كانت قائمة فان فاتت لم ترد مراعاة للاختلاف فيها كذا روى ابن وهب عن مالك أن البيع المكروه لا يرد اذا فات وبعضها اشد كراهية من بعض فمنها ماالعقد فيه فوت ومنها ما القبض فيه فوت ومنهاما فوت العين فيه فوت ومنها مايختلف فيما يفوت به كشراء الزرع اذا أفرك قبل ان ييبس وما اشبه ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فلا يخرج شيء من البيوع عن هذه الاقسام وان وجد بين أصحاب مالك رحمه الله تعالى اختلاف فى بيع من البيوع فانما ذلك لاختلافهم من أى قسم هو من الأقسام المذكورة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ومن بيوع الشروط مايختلف فيه هل هو بيع أو غير بيع مثل ان يبيع

الرجـل السلعة على ان لانقصان على المشـترى فاختلف هل هو بيع
فاسد أو اجارة فاسـدة ومنه ان يبيع الرجل السلعة على انه متي
جاءه بالثمن فهو أحق به فاختلف فيه هل هو بيع فاسد
أوسلف جر منفعة والقولان فى كتاب بيوع الآجال
من المدونة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق
وهو الهـادى الى أقوم طريق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب بيع الغرر ﴾

﴿ فصل ﴾ ماجاء فى بيع الغرر وتبيين وجوهه وأحكامه ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهي عن بيع الغرر وبيع الغرر هو البيع الذى يكثر فيه الغرر ويغلب عليه حتى يوصف به لان الشيء اذا كان مترددا بين معنيين لا يوصف باحدهما دون الآخر الا ان يكون أخص به وأغلب عليه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ووجوه الغرر فى البيوع كثيرة لاتحصى من ذلك العبد الآبق والجمل الشارد والجنين فى بطن أمه ومن ذلك مانهي عنه النبى صلى الله عليه وسلم من بيع الملامسة والمنابذة والملامسة ان يلمس الرجل الثوب ولا ينظر اليه ولا يتأمل مافيه أو يبتاعه ليلا ولا ينظر مافيه والمنابذة ان ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه على غير تأمل منهما ويقول كل واحد منهما هذا بهذا فهذا الذي نهى عنه من الملامسة والمنابذة ومن ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن المضامين والملاقيح والمضامين مافى بطون الاناث والملاقيح مافى ظهور الجمال وقيل بعكس ذلك ان المضامين مافى ظهور الجمال والملاقيح مافى بطون الاناث والتفسير الاول فى الموطأ لمالك أولا بن شهاب أو لسعيد بن المسيب واليه ذهب أبو عبيد والتفسير الثاني لابن حبيب وغيره ومن ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل حبله وهو بيع نتاج النتاج وقيل هو البيع الى نتاج النتاج واى الامرين كان فهو غرر إما في المثمون واما في أجل الثمن ومن ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وهو ان يستام الرجل الرجل السلعة وبيد أحدهما حصاة فيقول لصاحبه اذا سقطت الحصاة من يدي فقد وجب البيع بيني وبينك وقيل هو ان تكون السلعة منشورة فيرمي المبتاع حصاة فايها وقعت عليه وجبت له بما سميا من الثمن وأي ذلك كان فهو أيضاً من الغرر المنهى عنه ومن ذلك نهيه صلى الله عليه

وسلم عن بيع العربان وتفسيره أن يشتري الرجل السلعة ويعطيه ديناراً أو درهما فيقول له أن أخذتها فذلك من الثمن وان تركتها كان ذلك باطلا بغير شئ وذلك أيضا غرر بين وكانت هذه كلها بيوعا كان أهل الجاهلية يتبايعون بها فنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنها لانها من أكل المال بالباطل قال الله عز وجل ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم معناه تجارة لاغرر فيها ولا مخاطرة ولاقمار لان التراضي بما فيه غرر أو خطر أو قمار لايحل ولايجوز لانه من الميسر الذى حرمه الله فى كتابه حيث يقول انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فلا يصح البيع الا أن يكون سالما من الغرر الكثير لان الغرر اليسير الذي لاتنفك البيوع منه مستخف مستجاز وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما يقع الاختلاف بين العلماء فى فساد بعض أعيان العقود لاختلافهم فيما فيه من الغرر هل هو من جنس الكثير الداخل تحت نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر المانع من صحة العقد أو من جنس اليسير المستخف المستجاز في البيوع الذى لا يمنع من صحة العقد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فالغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون فى ثلاثة أشياء (أحدها) العقد (والثانى) أحد العوضين (والثالث) الاجل فيهما أو فى أحدهما فأما الغرر فى العقد فهو مثل نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة وعن بيع العربان وعن بيع الحصاة على أحد التأويلين وما أشبه ذلك مما لا جهل فيه وانما حصل الغرر فيه بانعقاده بين المتبايعين على هذه الصفات ومن هذا المعنى بيع المكيل والجزاف فى صفقة واحدة والقول فيما يجوز من بيع الجزاف والمكيل في صفقة واحدة يحصل بأن يعلم أن من الاشياء ما الاصل فيه أن يباع كيلا ويجوز بيعه جزافا كالحبوب ومنها ما الاصل فيه أن يباع جزافا ويجوز بيعه كيلا كالارضين والثياب وان منها عروضا لايجوز بيعها كيلا ولا وزنا كالعبيد والحيوان فالجزاف ما أصله أن يباع كيلا كالحبوب

لا يجوز بيعه مع المكيل منه ولا بيع المكيل مما مثله أن يباع جزافا كالأرضين والثياب باتفاق والجزاف مما أصله أن يباع جزافا لا يجوز أن يباع مع الميكل منه باتفاق أيضاً واختلف في بيعه مع المكيل مما أصله أن يباع كيلا على قولين (أحدهما) أن ذلك جائز واليه ذهب ابن زرب وأقامه من اجازته في السلم الاول من المدونة أن يسلم في ثياب وطعام صفقة واحدة (والثانى) أن ذلك لا يجوز واليه ذهب ابن العطار فى وثائقه ولا اختلاف فى جواز بيع الكيلين فى صفقة واحدة الا عند ابن حبيب فانه ذهب الى أن الجزاف مما أصله أن يباع كيلا لا يجوز بيعه مع العروض فى صفقة واحدة وأما بيع الجزاف على الكيل فلا ينضاف اليه في البيع الصحيح وهو مذهب ابن القاسم وأما بيع الجزافين على الكيل فان كانا على صفة واحدة بكيل واحد جاز باتفاق وان اختلف الكيل والصفة جميعا لم يجز وان اتفق احدهما واختلف الآخر جاز على اختلاف بين ابن القاسم وأشهب فعلى مذهب ابن القاسم لايجوز أن يبيع الرجل قريته تكسيرا كل قفيز بكذا الا أن يستوي ارضها في الطيب والكرم ولا يكون فيها ثمرة ولا دار تدخل فى البيع فان باع منها زرعا مسمى من موضع بعينه او على ان يأخذه المشترى من اى موضع احب فعلى ما تقدم لايجوز ان يضاف الى ذلك فى الصفقة جزاف لا مما اصله أن يباع جزافا ولا مما اصله ان يباع كيلا وكذلك ان باعها كلها على ان تكسيرها كذا وكذا على مذهب من حكم لذلك بحكم شراء الزرع المسمى ان كان فيها اكثر مما سمى كان الزائد للبائع وان كان فيها اقل كان بالخيار بين ان يأخذ ماوجد بحسابه من الثمن أو يرد الا ان يكون النقصان يسيراً فيلزمه ماوجد بحسابه من الثمن وأما على مذهب من جعل ذلك كالصفة للارض ان وجد فيها أكثر من الزرع المسمى كان للمبتاع وان وجد فيها أقل كان المبتاع بالخيار بين ان يأخذ بجميع الثمن أو يرد فلا يجوز ان ينضاف الي ذلك فى الصفقة كيل مما أصله ان يباع جزافا ولا كيل مما أصله ان يباع كيلا على ماتقدم من الاختلاف وكذلك القول فى الثوب والخشبة وماأشبههما اذا اشترى ذلك كله

كل ذراع بكذا أوعلى ان فيه كذا وكذا ذراعا أواشترى منه ذرعا كذا وحكم الموزون والمعدود فى جميع ما ذكرناه حكم المكيل وبالله سبحانه تعالي التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما الغرر فى الثمن والمثمون أوفي أحدهما فانه يكون بثلاثة أوجه (أحدها) الجهل بصفة ذلك أو بمقداره فأما الجهل بصفة ذلك فهو مثل ان يبيع جنينا في بطن أمه أو غائبا على غير صفة أو يبيع سلعة بدنانير من غير صفة ونقد البلد مختلف وما أشبه ذلك على تسليمه وذلك مثل ان يبيع العبد الآبق والجمل الشارد والسلعة بيد غاصب منكر للغصب ولا بينة له عليه أو مقربه ممتنع من دفعه وهو ممن لا تأخذه الاحكام وقد اختلف ان كان الغاصب منكراً للغصب وهو ممن لا تأخذه الاحكام وعليه بالغصب بينة وذلك مثل شراء الدين على الحاضر المنكر اذا كانت عليه بينة وشراء مافيه خصومة واخف ذلك شراء الدين على الغائب القريب الغيبة على مسيرة اليومين والثلاثة اذا لم يعلم اقراره من انكاره وعليه بينة وأما اذا لم تكن عليه بينة فلا (١) فيه القضاء فى جميع ماله أو يشترى الانقاض قائمة على القلع من قاعة ليست للبائع ولا للمبتاع وما أشبه ذلك ومما يشبه أن يكون للرجل على الرجل دنانير أو دراهم أو عروض فيصالح رجل أجنبى صاحب الدين على أن يدفع اليه خلاف الدين مما يصير الذي عليه الدين مخيراً في صنفين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما الغرر بالاجل فى الثمن والمثمون فذلك مثل أن يبيع منه السلعة بثمن الى قدوم زيد أو الى موته أو يسلم اليه فى سلمة الى مثل ذلك الاجل وما أشبه ذلك وبالله سبحانه وتعالي التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ واذا وقع بيع الغرر فسخ ما كان قائما فان فات بيد المبتاع صحح بالقيمة وضمانه على مذهب ابن القاسم من البائع ما لم يقبضه المبتاع وان دفع الثمن أو دعى الى قبضها وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم أن ضمانها من البائع وان قبضها المبتاع وهو بعيد

(١) بياض باصل الكتاب

وقال أشهب ان ضمانها من المبتاع وان كانت بيد البائع اذا نقد الثمن أو دعى الى قبضها وان لم ينقد الثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف الذين رأوا أنها لا تدخل في ضمان المبتاع الا بالقبض اذا عقد فيها عقداً من عتق أو بيع أو صدقة أو هبة وما أشبه ذلك من العقود هل يكون ذلك قبضا أم لا على أربعة أقوال (أحدها) أنه لا يكون شيئاً من ذلك كله قبضا ولا فوتا وهو قول سحنون (والثاني) أن ذلك كله يكون قبضا وفوتا وهو قول ابن القاسم في كتاب العيوب لانه رآه فوتا في الصدقة فهو فيما سواه أحرى أن يكون فوتا (والثالث) أنه لايكون فوتا شيء من ذلك الا العتق لحرمته وهو قول ابن القاسم في الكتاب المذكور قوله في البيع اذا كان الاول قد قبضها (والرابع) أنه لايكون فوتا وقبضا الا العتق والبيع خاصة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وبيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه خلافا للشافعي رحمه الله تعالى في قوله ان الغائب لايجوز بيعه على الصفة لانه لاعين مرئية ولا صفة مضمونة ثابتة في الذمة وخلافا لابي حنيفة رحمه الله تعالى في قوله ان شراء الغائب على الصفة وعلى غير الصفة جائز وللمبتاع خيار الرؤية اذا نظر اليها وقد روى عن الشافعي رحمه الله تعالى مثل هذا القول والصحيح ماذهب اليه مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه من أن شراء الغائب على الصفة جائز وذلك للمبتاع لازم ان وجد الغائب على الصفة التى وصف بها لان الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تنعت المرأة للزوج حتى كانه ينظر اليها أو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فشبه رسول الله صلى الله عليه وسلم المبالغة في الصفة بالنظر وقال الله تبارك وتعالى ولما جاءهم كتاب من عند الله مصدق لما معهم وكانوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا فلما جاءهم ماعرفوا كفروا به فلعنة الله على الكافرين وجه الدليل من هذه الآية أن اليهود كانوا يجدون في التوراة نعت النبي صلى الله عليه وسلم وصفته فكانوا يحدثون بذلك

ويستفتحون به على الذين كفروا أي يستنصرون به على كفار العرب يقولون اللهم آت بهذا النبي الذى يقتل العرب ويذلهم لانهـم كانوا يرجون ان يكون منهـم فلما بعثه الله تعالى من العرب ولم يكن منهم حسدوه وكفروا به فقال لهم معاذ بن جبل وبشر بن البراء بن معرور يامعشر يهود اتقوا الله واسلموا فقد كنتم تستفتحون علينا بمحمد ونحن أهل شرك وتخبروننا أنه مبعوث وتصفوه لنا بصفته فقالوا ماجاء بشيء نعرفه وما هو هذا الذى كنا نخبركم به فانزل الله عز وجل تكذيب قولهم فى كتابه وذلك قوله فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به فلما قال الله تعالى فلما جاءهم ماعرفوا وهم لم يعرفوه قبـل الا بصفته التي وجدوها في التوراة دل ذلك على ان المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف وذلك ما أردنا أن نحتج له وفى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث أبى هريرة الواقع في الكتاب لاينظرون اليها ولايخبرون عنها دليل بين على أن الخبر عنها بمنزلة النظر اليها واذا جاز ان يسلم الرجل الى الرجل فى ثوب أوعبد على صفته ولم يكن ذلك غررا جاز أن يبتاعه على الصفة ولا يكون ذلك غررا اذ لافرق بين الموضعين ومن الدليل أيضا على جواز البيع على الصفة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتبيعوا الحب فى سنبله حتي يبيض فى اكمامه فاذا جاز البيع في اكمامه وهو غير مرئي على صفة ما فرك منه ان كان حاضراً جاز ان يشترى منه اذا كان غائبا على صفة اذلا فرق اذا غاب المبيع بين أن يبيعه على الصفة أو على مثال يريه اياه وهذا الحديث أيضا حجة في بيع الجزر والفجل وما أشبه ذلك مما هو مغيب تحت الارض لانه يقلع منـه شيء فيستدل به على بقيته ويسـتدل عليـه أيضاً بفروعه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ومن هذا بيع الجوز واللوز والباقلاء في قشره الاعلي ما أجازه مالك وأصحابه خلافا للشافعى وأبي حنيفة رضى الله عنه ودليلنا قوله تعـالى وأحل الله البيع وحرم الربا ولانه ما كول فى اكمام من أصـل الخلقة فجاز بيعه كالرمان والموز لان الضرورة تدعو الى ذلك لمـا بالناس من الحاجة الى بيع ذلك رطبا اذ ليس كل أحـد يمكنه

تجفيفه وفي نزع قشره افساد له فلم يبق الاجواز البيع بيد انه لا يجوز الاجتزاء بالصفة عن النظر الا مع الضرورة الى ذلك وان النظر ابلغ في المعرفة من الصفة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس الخبر كالمعاينة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فمن الضرورة الى ذلك ان تكون السلعة المبيعة على الصفة غائبة في بلد أخرى أو يكون المبيع متاعا كثيرا مشدوداً في اعداله وأحماله فيجوز بيعه على صفة البرنامج لان فتحه كله ونشره مما يضر بصاحبه ويشق عليه وأما الثوب الواحد والثياب اليسيرة فلا يجوز بيعها على الصفة اذا كانت حاضرة حال العقد وقد أجاز أشهب بيع الساج المدرج في جرابه على الصفة وذلك في الثوب الرفيع الذي يغيره ترداد نشره على السوّام وتقليبهم إياه وأما الثوب الذى ليس على هذه الصفة فلا ينبغي ان يختلف فيه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف في السلعة الحاضرة في البلد الغائبة عن موضع العقد فقيل أن بيعها على الصفة لا يجوز لانها كالحاضرة اذ لا تتعذر رؤيتها وقيل ان بيعها على الصفة جائز وان كانت في البلد لانها اذا لم تكن حاضرة في موضع العقد فلم يقصد الى الغرر بشرائها على الصفة وأشبهت الغائبة عن البلد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وبيع الغائب على مذهب ابن القاسم جائز ما لم يتفاحش بعده والعقد عليه صحيح وان لم يعلم ان كان حين العقد قائما أو تالفا فان وجد قد تلف قبل العقد انتقض البيع باتفاق وان تلف بعد العقد وقبل القبض فاختلف قول مالك رحمه الله في ذلك فمرة قال ان مصيبته من البائع وينتقض البيع كتلفه قبل العقد وهو آخر قوله ومرة قال ان مصيبته من المبتاع ويصح البيع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويجوز لمشتري السلعة الغائبة أن يبيعها قبل القبض من غير الذى اشتراها منه بما شاء ولا ينتقد بشرط الا أن تكون قريب الغيبة وأما من الذى باعها فلا يجوز

له أن يبيعها منه بمثل الثمن ولا بأكثر ولا بأقل لان فسخ الدين فى الدين لا يجوز الا أن يكون كان نقد الثمن بغير شرط على كلا القولين فى مذهب ابن القاسم وقال سحنون يجوز أن يبيعها منه على القول الذى يرى فيه الضمان من البائع قياسا على ما أجازه مالك رحمه الله من الاقالة فى الجارية التى في المواضعة وقوله أظهر في القياس وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وأما ان باعها منه بخلاف الثمن الذى اشتراها به مما يجوز بيعها به فذلك جائز اذا لم ينتقد بشرط الا أن يكون قريب الغيبة مما يجوز فيه النقد قال في الكتاب لا أرى بذلك بأسا اذا علم أن الثوب قائم حين وقعت الصفقة الثانية فى مسئلة من آجر داره من رجل شهرين بثوب موصوف فى بيته ثم باع ذلك الثوب منه قبل أن يقبضه بدراهم أو بدنانير أو بثوبين مثله من صنفه أو بسكنى دار له أخرى وهو كلام فيه نظر اذ ليس من شرط صحة العقد على الغائب أن يعلم قيامه حين العقد كما يظهر من ظاهر لفظ الكلام والمراد به أن الصفقة اذا وقعت فعلم بعد وقوعها أن الثوب كان قائما فى حين وقوعها صحت وعلم انتقال الملك بها من المشتري الى البائع والضمان من البائع الى المشترى على قول مالك رحمه الله تعالى الآخر واختيار ابن القاسم أو من المشتري الى البائع على قول مالك الاول وان وجدت السلعة بعد الصفقة قد تلفت قبل الصفقة أو لم يعلم ان كان تلفها قبل الصفقة أو بعدها فالصفقة باطلة لا ينتقل بها ملك الثوب ولا ضمانه عما كان عليه وقد تكلم عبد الحق على توجيه هذا اللفظ فحكي عن بعض شيوخه القرويين أنه قال انما شرط ابن القاسم ان علم أنه عندك وقعت الصفقة الثانية لانه ان كان موجوداً عنده وانهدمت الدار فى بعض المدة ينتقض من الثوب مقدار ذلك وان كان الثوب ليس عنده وقت الصفقة الثانية فكان الكراء انما وقع بالدراهم فاذا انهدمت الدار كان الرجوع فيها فوجب لهذا لما كان لا يدرى بما يرجع من الدراهم ومن الثوب ان لا يجوز حتى يعلم فيه خلاف على أصل معروف وقال غيره انما شرط اذا علم انه عنده لانه لا يدرى هل باع منه شيئاً موجوداً أم لا فعقد البيع اذا

ولم جائز ثم ينظر فان علم أنه عنده فقد صحت لنا الصفقة الاولى والا فلا وقوله ينتقض من الثوب مقدار ذلك يريد أنه ان انهدمت الدار وقد سكن نصف المدة رجع عليه بنصف قيمة الثوب وان كان أقل فأقل وان كان أكثر فأكثر على هذا الحساب لان الثوب الذي هو عوض السكنى قد فات بالبيع منه فهو بمنزلة فواته بالبيع من غيره أو بغير ذلك من وجوه الفوت وهو صحيح وذهب أبو اسحاق التونسي الى أنه انما يرجع في الثمن الذي دفع بقدر ما بقي له من السكنى وعلته في ذلك أنه قد استحق من الثوب الذي باع بقدر ما انهدم من الدار فوجب ان ينتقض البيع في مقدار ذلك من الثوب وهو تعليل غير صحيح لان الثوب ثمن السكنى فانما يجب الرجوع فيه ويكون كالمستحق اذا كان قائما لم يفت والبيع فيه فوت وان كان انما باعه منه اذ لا فرق في فواته بالبيع منه أو من غيره ألا ترى ان من اشترى عبدا بيعا فاسدا فباعه من بائعه منه بيعا صحيحا أنه فوت فيمضي ويصحح البيع الفاسد بالقيمة ويلزم في هذا على تعليل أبي اسحاق التونسي أن ينتقض البيع الصحيح ولا يكون فوتا لرجوع السلعة الى يد البائع وينفسخ البيع الفاسد وهو بعيد واما قوله أعني قول بعض شيوخنا القرويين ان كان الثوب ليس عنده وقت الصفقة الثانية فكان الكراء انما وقع بالدراهم فاذا انهدمت الدار كان الرجوع فيها فلا يصح وانما الواجب ان كان تلف الثوب قبل الصفقة الأولى أو بعد الصفقة الأولى وقبل الصفقة الثانية على القول الذي يرى الضمان من البائع في السلعة الغائبة مالم يقبضها المبتاع ان يرجع صاحب الثوب بقيمة ماسكن الدار الى وقت انهدامها لان صاحب الدار لم يقبض شيئا لكون مصيبته السلعة من صاحبها بمنزلة من اكترى دارا بثوب فسكنها بعض المدة واستحق الثوب فان رب الدار يرجع على صاحب الثوب بقيمة ماسكن وان كان انما تلف بعد الصفقة الأولي وقبل الصفقة الثانية على القول الذي يري ضمان الغائبة من المبتاع اذا كان سليما يوم الصفقة أن يرجع المكترى على صاحب الدار في قيمة الثوب بقدر ما بقي من السكنى لانه قد تلف ومصيبته منه ويرجع عليه أيضا بالثمن الذي دفع فيه اليه لانتقاض البيع بتلفه قبل وقوع الصفقة وأما

قول غيره انما شرط اذا علم أنه عنده لانه لا يدري هل باع منه شيئا موجوداً أم لا فمقـد البيع اذا وقع جائز فانه كلام صحيح جيـد وأما قوله ثم ينظر فان علم أنه عنـده فقد صحت لنا الصفقة الأولى والا فلا فانما معناه على قول مالك الثانى واختيار ابن القـاسم ان ضمان الغائب من البـائع ما لم يقبض فيكون عقد البيع عليه قبضا له وتصح الصفقة الأولى فان قبضها البائع الاول بابتياعه صحت الصفقةالثانية أيضا وان فات قبل ان يقبضه كانت مصيبته من المشترى الاول وهو البائع الثانى وأما على قول مالك الاول فان علم انه قائم يوم وقعت الصفقة الثانية فقد صحت الصفقة الأولى والثانية وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وبيع السلع المغيبات لايجوز الا على ثلاثة أوجه (أحـدها) على الرؤية (والثانى) على الصـفة فى المواضع الذي يجوز بيعها فيـه علي الصفة على ما قدمناه (والثالث) ان يشترط انه بالخيار اذا رآها ولا ينقد بشرط كانت قريبة أو بعيدة هذا قول مالك فى المدونة فى السـلم الثالث منها وقد قيـل ان البيع في العروض المغيبات لا يجوز الا برؤية أو بصفة وفى كتاب الغرر دليل على هـذا القول وهو الصحيح الذى يحمله القياس واما النقد فيها بشرط اذا اشـتريت بصفة فلا يجوز في البعيـد الغيبة واختلف قول مالك في ذلك اذا كانت قريبة الغيبة فله فى المدونة ان ذلك جائز وله فى الموطأ ان ذلك لايجوز وهى رواية ابن وهب عن مالك فى موطئـه ورواية ابن القاسم عنه فى أصل سماعه وهذا اذا اشتراها بصفة المخبر والرسول واما اذا اشتراها بصفة صاحبها فـلا يجوز النقد فيها بشرط على حال قربت الغيبة أو بعـدت واما الرباع فاشتراط النقد فيها جائز قربت غيبتها أو بعدت وذلك أيضا اذا لم يشـترها بصفة صاحبها كذلك روى أشهب وهو تفسير لمـا فى المدونة وغيرها وبقية أحكام شراء الغائب يأتي التكلم عليها فى مواضـعها من الـكتاب ان شاء الله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

كتاب بيع الخيار

بسم الله الرحمن الرحيم

(فصل) فى جواز البيع على الخيار البيع على الخيار جائز لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار كل واحد منهما على صاحبه ما لم يفترقا الا بيع الخيار وفى بعض الآثار الا ان تكون صفقة خيار فأخبر صلى الله عليه وسلم ان من البيع ما يكون فيه خيار وقال صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ أو لابيه منقذ بن عمرو الانصارى على اختلاف في ذلك اذا بايعت فقل لاخلابة ولك الخيار ثلاثا وذلك انه قد أتى عليه من السنين ثلاثون ومائة سنة فكان اذا باع غبن فشكي الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له اذا بايعت فقل لاخلابة ولك الخيار ثلاثا فقيل ان ذلك خصوصية من النبي صلى الله عليه وسلم لذلك الرجل ان جعل الخيار له ثلاثا فيما باع أو اشتري وان لم يشترط ذلك وقيل بل انما جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يشترط الخيار لنفسه ثلاثا مع قوله لاخلابة فيكون الحديث على هذا مستعملا وأيما كان فيه اجازة الخيار في البيع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

(فصل) والخيار فى البيع فى أصله غرر وانما جوزته السنة لحاجة الناس الى ذلك لان المبتاع قد لايحس ما ابتاع فيحتاج الى أن يختبره ويعلم ان كان يصلح له أم لا وان كان يساوي الثمن الذي ابتاعه به وقد يحتاج فى ذلك كله الى رأى غيره فيريد ان يستشير فيه فجعل له الخيار رفقا به ولا يلزم مثل هذا فى النكاح وان كان الرجل قد يحتاج الى اختبار الزوجة التي يتزوج والتثبت فى ان كانت ممن تصلح له أم لا والاستشارة فى امرها أكثر مما يحتاج اليه فى السلعة التى يبتاع لان البيع طريقه المكايسة والمتاجرة والنكاح طريقه المكارمة والمواصلة فافترق لذلك موضوعهما وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

(فصل) والخيار يكون لوجهين لمشورة واختيار المبيع أو لاحد الوجهين فالعبد

يختبر عقله وخلقه وخدامته وبلادته ونشاطه وكذلك الجارية يختبر عقلها وخلقها وقوتها على الخدمة وإحكامها لما تتناوله من الطبخ والخبز وما أشبه ذلك من الصنعة والدار يختبر بناؤها وجيرانها ومكانها وينظر الى اسسها وحيطانها ومنافعها والدواب يختبر خلقها وسيرها وقوتها من ضعفها ونشاطها من عجزها وأكلها وحالها في وقوفها ووضع آلتها عليها وما أشبه ذلك وأما الثياب والعروض فلا وجه للاختبار فيها وانما الخيار فيها للمشورة خاصة أو ليقيس على نفسه ماشتري من ذلك اللباس وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فان اشترط المشترى الخيار فيما يصح فيه الخيار ولم يبين انه انما يشترط الخيار الاختبار وأراد قبض السلعة ليختبرها وأبى البائع من دفعها اليه وقال انما لك المشورة اذ لم تشترط قبض السلعة فى أمد الخيار للاختبار فالقول قول البائع ولا يلزمه دفعها اليه الا ان يشترط ذلك عليه ولا يكون اشتراط الخيار في العبد والجارية الجمعة ونحوها وفي الدار الشهر والشهرين بدليل على انه انما أراد الاختبار لان المشورة فى ذلك لا تتساوى أيضا بل تفترق بافتراق المبيع اذ ليس البحث والسؤال عن دار يريد اقتناءها أو سكناها ويتعذر عليه الاستبدال بها اذا لم توافقه كالعبد والخادم ولا العبد والخادم كالسلع التي لا مؤنة عليه فى بيعها والاستبدال بها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وللبائع من اشتراط الخيار مثل ما للمبتاع سواء فان اشترطه أحدهما كان له الاخذ والرد دون صاحبه وان اشترطاه جميعاً جاز أيضاً فان اجتمعا على رد أو اجازة جاز ما اجتمعا عليه من ذلك وان اختلفا فاراد أحدهما امضاء البيع وأراد الآخر رده فالقول قول من أراد رده ولا يتم البيع الا باجتماعهما جميعاً على الاجازة لان الذى أراد البيع مسقط لحقه فى الرد بائعا كان أو مبتاعا والذى أراد البيع منهما آخذ بحقه غير مسقط له فلا يسقط باسقاط الذى أراد امضاء البيع حق نفسه وهذا بين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا كانت العلة فى اجازة البيع على الخيار حاجة الناس الى المشورة فيه أو الاختبار فحده قدرما يختبر فيه البيع ويرتأى فيه ويستشار على اختلاف أجناسه واسراع التغير اليه وابطائه عنه فيجوز الخيار في الدواب اليوم واليومين والثلاثة ولا يجوز فيها أكثر من ذلك لا سراع التغير اليها لان اختبارها والعلم بما هى عليها من أحوالها يحصل فى هذه المدة اذ ليست من ذوى الميز الذي يخشى منها ان تستر ما فيها من الاخلاق الذميمة والعيوب التي تزهد فيها وتستعمل ما يرغب فيها من أجله وكذلك العروض والثياب يجوز الخيار فيها اليوم واليومين والثلاثة كالدواب سواء لانها وان كانت مما لا يختبر كما لا تختبر الدواب فانها لا يسرع اليها التغير كما يسرع الى الدواب فلم يضيق في أجل الخيار فيها لهذه العلة وأما الرقيق فيجوز الخيار فيها أكثر من ذلك قال فى المدونة الخمسة الايام والستة الى الجمعة وقال ابن المواز الاربعة الايام والخمسة ولا أفسخه فى عشرة وأفسخه فى الشهر وروي ابن وهب أن مالكا رحمه الله أجاز الخيار في العبد شهراً وأباه ابن القاسم وأشهب في الشهر فوجه رواية ابن وهب عن مالك رحمه الله أن الرقيق ذو ميز فربما ستر العبد والجارية ما فيهما من الاخلاق الذميمة واستعملا ما يرغب فيهما من أجله فاحتيج في اختيارهما الى مدة لا يستتر فيهما ما طبعا عليه من الاخلاق غالبا وان رأى ما ستره وهو الشهر عنده ووجه قول ابن القاسم أنه وان كان يحتاج فى الرقيق الى الاختبار الكثير بما وصفناه من علة الميز فان الشهر بعيد يتغير اليه الرقيق فمنع من ذلك لعلة التغير وأجاز من الخيار فيهما ما قد يحصل فيه الاختبار ومعرفة الحال ولا يخشي معه التغير والانتقال وهو الجمعة ونحوها وحمل الصغير الذى لا يميز فى ذلك محمل الكبير المميز جعل الباب في ذلك واحداً لما لم يكن لوقت ميزه حد يرجع اليه لا يختلف وأما الدور التى يحتاج فيها الى الاختبار ويؤمن عليها التغير فيجوز الخيار فيها الى الشهر قال ابن حبيب والشهرين فى الدور والارضين ولم يذكر في المدونة الارضين وما فى الواضحة مفسر لما فى المدونة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فأمد الخيار في البيع انما هو بقدر ما يحتاج اليه في الاختبار والارتياء مع مراعاة اسراع التغير الي المبيع وابطائه عنه خلافا للشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله في قولها إنه لا يجوز الخيار في شيء من الاشياء فوق ثلاث وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فان زاد في أجل الخيار الى فوق ما يحتاج اليه فسخ البيع ولم يجز لخروجه بذلك الى الغرر الذى لا يجوز في البيوع وأما ان لم يضربا للخيار اجلا واشترطاه فلا يفسد البيع ويضرب لهما من الاجل بقدر ما تختبر اليه تلك السلعة لان الحد في ذلك معروف فاذا أخلا بذكره فانما دخلا على العرف والعادة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ولكل واحد من المتبايعين أن يشترط الخيار لغيره فان اشترطه أحدهما دون صاحبه لغيره فاختلف في ذلك على أربعة أقوال (أحدها) أن ذلك حق لمشترطه من المتبايعين دون صاحبه فان كان البائع منهما هو مشترط الخيار لغيره كان له أن يمضى البيع للمبتاع ان شاء أو يرده اذ لا حق له في ذلك معه وان كان المبتاع منهما هو مشترط الخيار لغيره فكذلك أيضا يكون بالخيار بين أن يأخذ أو يرد ولا يلزمه اجازة من اشترط الخيار ان أراد هو الرد ولا رده ان أراد هو الاجازة وأراد البائع أن يلزمه ذلك اذ لا حق له في ذلك معه على هذا القول كالمشورة التى لمشترطها تركها والقضاء بما أحب من رد أو اجازة سواء هذا قول ابن حبيب في الواضحة واختيار ابن لبابة في كتابه المنتخب (والقول الثاني) أن الرد والاجازة بيد من جعل اليه الخيار وذلك حق للباقى من المتبايعين دون من اشترط ذلك منهما لغيره فان أراد الذى اشترط الخيار منهما لغيره أن يرد أو يجيز وأبى الباقي منهما الا أن يلزمه ما يقضى به من جعل اليه الخيار من رد أو اجازة كان ذلك له هذا قوله في المدونة في المبتاع اذا اشترط الخيار لغيره وله في البائع اذا اشترط الخيار لغيره مثله في موضع منها لانه قال فيه فان رضي فلان البيع فالبيع جائز ودليل هذا الكلام أنه لم يرض ورد فهو مردود

ولا كلام في ذلك للبائع الذى اشترط رضاه أو خياره (والقول الثالث) أن ذلك حق لهما جميعا حق للبائع ان أراد امضاء البيع للمبتاع وأراد الذى جعل له البائع الخيار أن يرد وحق للمبتاع ان أراد الذي جعل له البائع الخيار امضاء البيع وأراد البائع أن يرد فبيان هذا الوجه أنه ان أراد البائع امضاء البيع لزم ذلك المبتاع وان أراد الذى جعل اليه البائع الخيار أن يرد وان أراد الذى جعل له البائع الخيار امضاء البيع كان للمبتاع أن يأخذه ولزم ذلك البائع وان كره وأراد الرد فيلزم المبتاع البيع وان كره برضى البائع ويلزم البائع البيع وان كره برضا من جعل له الخيار الا أن يوافق المبتاع البائع على ماأراد من الرد وكذلك ان كان المبتاع منهما هوالذى اشترط الخيار لغيره وأراد الاخذ كان ذلك له وان أراد الذي جعل اليه ان يرد وان أراد الذى يشترط له الخيار الاجازة كان للبائع أن يلزم المبتاع البيع وبيان هذا الوجه أن البيع يلزم البائع وان كره برضي المبتاع ويلزم المبتاع وان كره برضي الذى جعل اليه الخيار هذا قوله في المدونة اذا اشترط رضى غيره في موضع منها لانه قال فيه فان رضى البائع أو رضي فلان البيع فالبيع جائز ومثله يلزم فى المبتاع على مذهب من لم ير بين اشتراط البائع والمبتاع فى ذلك فرقا وجعل اختلاف جوابه فى السؤالين اختلاف قول لامن أجل افتراق المسئلتين وتأول أبو اسحاق التونسي مافى المدونة في البائع يجعل الخيار لغيره أن ذلك بمنزلة الوكالة ومن سبق منهما فرده أو اجازه مضى مافعل قال وهو القياس ومثله يلزم في المبتاع خلاف المدونة (والقول الرابع) الفرق بين أن يشترط ذلك البائع أو المبتاع وعلى ذلك تأول مافي المدونة ابن أبى زيد وأبو اسحاق التونسى وابن لبابة الا أنهم اختلفوا فى التأويل اذا اشترط ذلك البائع فذهب ابن لبابة الى أن البيع يلزم المبتاع برضا البائع ويلزم البائع برضى الذى جعل اليه الخيار ومثله تأويل ابن أبي زيد وعلى هذا حمل ابن لبابة قول مالك رحمه الله تعالى في الموطأ وقول ابن نافع فى تفسير بن مزين والاظهر من قولها عندى ان للذي جعل اليه البائع الخيار الرد والاجازة وان ذلك حق للمبتاع وذهب أبو اسحاق التونسى الى ماحكيناه

عنه ان ذلك بمنزلة الوكالة ولم يختلفوا فى تأويل ما وقع في المدونة اذا أشترط ذلك المبتاع والظاهر عندى فيما وقع فى المدونة ان ذلك اختلاف من قوله فى البائع لا يدخل فى المبتاع فمرة جعل اشتراط البائع ذلك كاشتراط المبتاع ومرة فوق بينهما وقد قيل ان ماوقع في المدونة ليس باختلاف قول وانما يرجع ذلك الى الفرق بين البائع والمبتاع وقد قيل ان ذلك اختلاف قول يدخل فى البائع والمبتاع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما المشورة فلا اختلاف بينهم ان لمشترطها تركها وان الحق فى ذلك لمشترطها من المتبايعين دون صاحبه الا ماحكي أبو اسحاق التونسى ان ظاهر ماف كتاب محمد بن المواز رحمه الله تعالى ان المشورة كالخيار فى أنه اذا سبق فأشار بشئ لزم وهو بعيد فتأمل قوله فى الاصل واما ما حكاه أبو اسحاق التونسي عن ابن نافع أن المشورة كالخيار سواء فى أن للمشترط مشورته الأخذ أو الرد فهو نقل غير صحيح لانه انما تكلم على مشورة مقيدة بالخيار وذلك كمجرد الخيار فتأمل ذلك في تفسير ابن مزين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز للبائع أن يشترط النقد أيام الخيار فان فعل فسخ البيع على كل حال وليس كالبيع والسلف الذى اذا أراد مشترط السلف اسقاطه صح البيع على أحد القولين وهذا هو ظاهر المدونة لانه ذكر القيمة فيمن اشترى بالخيار بيعا فاسدا لاشتراطه النقد ثم وجد عيبا ولم يقل الاقل من القيمة أو الثمن وفى كتاب ابن سحنون أنه كالبيع ولا فرق عندى بين المسئلتين واما النقد من غير شرط فجائز الا فيما لا يمكن التناجز فيه بعد أمد الخيار كالسلم والعبد والفائت والجارية التى فيها المواضعة لانه ان تم البيع دخله فسخ الدين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وكما لا يجوز للبائع اشتراط النقد لينتفع به أمد الخيار فكذلك لا يجوز للمبتاع اشتراط الانتفاع بالمبيع أمد الخيار لانه غرر أيضا ان لم يتم البيع كان قد انتفع بالسلعة باطلا من غير شئ وانما جوز له من ذلك قدر مايقع به الاختبار خاصة فيما يختبر بالاستعمال كركوب الدابة واستخدام الخادم والعبد في الشئ اليسير الذى لا ثمن

له وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والمبيع بالخيار فى أمد الخيار على ملك البائع كان الخيار له أو للمبتاع أو لهما فان تلف فمصيبته منه يعنى من البائع كان بيده أو بيد المبتاع الا ان يكون بيد المبتاع ويغيب عليه وهو مما يغاب عليه ويدعى تلفه ولا يعرف ذلك الا بقوله فلا يصدق فى ذلك ويكون عليه قيمة الثمن لانه يتهم ان يكون غيبه وحبسه عن صاحبه فذلك رضا منه بالثمن وضمان الخيار وقد روى عن مالك ان الضمان من المشترى فيما بيع على الخيار ان كان الخيار له وهو قول ابن كنانة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والخيار في هذا بخلاف الاختيار على مذهب ابن القاسم لانه اذا اشترى ثوبا من ثوبين أو عبداً من عبدين على ان يأخذ أيهما شاء بثمن قد سماه فتلفا فالضمان فى أحدهما من البائع وفى الثانى من المبتاع قامت على تلفهما بينة أو لم تقم فيكون عليه نصف الثمن اذ لم يعرف الذى قبضه على الاشتراء من الذي قبضه على الائتمان وكذلك لو اجتمع لكانت مصيبتهما من البائع لان الواحد قبضه على الائتمان فضمانه من البائع والثانى على الخيار وضمانه من البائع أيضا لقيام البينة على تلفه هذا مذهب ابن القاسم في هذه المسئلة وفيها اختلاف كثير ولها تفصيل وتفسير ليس هذا موضع ذكره وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما يجوز اشتراء الثوب من الثياب على الاختيار والالزام فى الصنف الواحد وهو فى الصنفين من بيعتين في بيعة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة ومعنى ذلك ان يتناول عقد البيع مبيعين لا يتم البيع مع لزومه للمتبايعين أو لاحدهما الا في أحد المبيعين ولم يقل أحد الثمنين ولا أحد المثمونين لاعم بذلك الوجهين اذ لافرق بين ان يتناول ثمنين أو مثمونين على الوجه المذكور لان الثمن مبيع بالمثمون كما ان المثمون مبيع بالثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فاذا انعقد البيع فى مثمون واحد على ثمنين أو فى مثمونين على ثمنين فلا يخلو

ذلك من وجهين (أحدهما) أن يجوز تحويل أحدهما في الآخر (والثانى) أن لايجوز ذلك فأما اذا لم يجز تحويل أحـدهما فى الآخر فان ذلك لايجوز باتفاق مع ظهور التهمة فان سلما من التهمة جاز ذلك مثل أن يختلف المبتاعان فيما عـدا الطعام فى القلة والكثرة مع النقد أو التساوى في الاجل أو الاختلاف فيه مثل أن يكون المؤجل أو الذي هو أبعد أجلا أقل عددا اذ لا غرض في ذلك يتوخي ويقصد اليه مثل أن يبيع منه سلعة بدينار نقداً أو بدينارين نقداً أو يبيعها منه بدينارين نقداً ودينار الى أجل فهذا وان كان يجوز تحويل أحد الثمنين فى الآخر فى أن البيع على أحدهما من غير تعيين مع لزومه للمتبايعين أو لاحدهما جائز لانه يعلم أن البيع انما وجب بالاكثر ان كان الخيار للبائع أو بالاقل ان كان الخيار للمبتاع اذ لايشك في أنه هو الذي يختار اذ لاغرض فى اختيار الثمن الآخر عليه وأما الوجه الثاني وهو أن يجوز تحويل أحد الثمنين أو المثمونين في صاحبه فان ذلك ينقسم على أربعة أقسام (احدها) أن يكون الثمنان والمثمونان صنفين مختلفين مما يجوز ان يسلم احدهما في الآخر (والثاني) أن يكونا صنفا واحدا الا ان صفتهما مختلفة بائنة (والثالث) ان يكونا صنفا واحداً وصفة واحدة الا انهما متفاضلان فى الجودة (والرابع) ان يكونا صنفا واحداً وصفة واحدة متساويين فى الجودة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصـل ﴾ فأما ان كانا صـنفين مختلفين مما يجوز ان يسلم احـدهما فى الآخر فلا يجوز الا على قول عبد العزيز بن أبى سلمة وكذلك ان كانا صنفا واحداً الا ان الصفة اختلفت وتباينت حتى جاز سلم احدهما فى الآخر واما ان كانا صنفا واحدا الا انهما متفاضلان فى الجودة فيجوز على ما فى المدونة ومذهب ابن المواز وقول عبد العزيز ابن أبي سلمة ولا يجوز عنـد ابن حبيب واما ان كانا صـنفا واحداً وصـفة واحـدة فيجوز عند أصحابنا جميعهم خلافا للشافعى وأبى حنيفة رحمهما الله فى قولهما أنه لايجوز لهما أن يفترقا الا على ثمن معلوم والدليل على صحة قولنا أن الثمن معلوم ودخول الاختيار فى أحد الثوبين لا تأثير له فى الثمن وانما يعود ذلك الى تعيين المبيع وذلك

لا يمنع صحة العقد كما لو اشترى منه قفيز قمح من جملة صبرة فيها أقفزة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والبيع لازم للمتبايعين اذا تم البيع بينهما بالكلام وان لم يفترقا بالابدان الا أن يشترط الخيار وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من رواية ابن عمر وغيره أنه قال المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا الا بيع الخيار لم يأخذ به مالك رحمه الله ولا رأى العمل عليه لوجهين (أحدهما) استمرار العمل بالمدينة على خلافه وما استمر عليه العمل بالمدينة واتصل به فهو عنده مقدم على أخبار الآحاد العدول لان المدينة دار النبي صلى الله عليه وسلم وبها توفى صلى الله عليه وسلم وأصحابه المتوافرون فيستحيل أن يتصل العمل منهم فى شيء على خلاف ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم الا وقد علموا النسخ فيها (والثانى) احتماله للتأويل لان الافتراق فى اللغة يكون بالكلام والانحياز الى المعانى والتباين فيها قال الله عز وجل ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات وقال تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال تعالى وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تفترق أمتى على اثنتين وسبعين فرقة فيكون معنى الحديث أن المتساومين كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يكملا البيع بالقول ويستبد كل واحد منهما بما صار اليه عوضا عما صار لصاحبه لان المتساومين يقع عليهما انهما متبايعين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبع بعضكم على بيع بعض فسمى التساوم بيعا لان المتبايعين لا يوصفان حقيقة بانهما متبايعان الا فى حين مباشرة البيع والبيع والتلبس به واما بعد كماله وانفصال كل واحد منهما عن صاحبه واستبداده بما صار اليه فلا يوصفان بأنهما متبايعان الا مجازا لا حقيقة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى أقوم طريق .

﴿ فصل ﴾ فاذا احتمل الحديث أن يحمل على هذا لم يصح أن يفرق بين عقد البيع وسائر العقود اللازمة باللفظ الا بنص جلى لا يحتمل التأويل وليس ذلك بموجود فى

مسئلتنا هذه بل ظاهر القرآن وما في السنن الثابتة والآثار تدل على أن الاملاك المبيعة تنتقل بتمام اللفظ فالبيع على مايتراضي عليه المتبايعان وان لم يفترقا بأبدانهما قال الله عز وجل يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم باطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فوصف تعالي التجارة التي تنتقل بها الاملاك بالتراضى خاصة دون التفرق بالابدان وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتي يستوفيه فظاهره قبل الافتراق وبعده لانه صلى الله عليه وسلم أطلق بيعه بعد الاستيفاء من غير أن يقيد ذلك بالافتراق وقال صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع أو يترادان فسواء كان اختلافهما قبل التفرق أو بعده على ظاهر الحديث والتراد انما يكون بعد تمام البيع وانما أدخل مالك رحمه الله هذا الحديث في موطئه عقيب حديث البيعان بالخيار على طريق التفسير له والبيان لمعناه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما قول من قال إن حديث البيعان منسوخ بحديث ابن مسعود رضى الله عنهما اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع أو يترادان وما أشبهه من ظواهر الآثار فلا يصح لان النسخ انما يكون فيما يتعارض من الاخبار ولا يمكن الجمع بينهما والجمع بين هذين الحديثين ممكن بحمل التفرق المذكور من الحديث على التفرق بالابدان أو التفرق بالكلام وانما يستدل على انه منسوخ باستمرار العمل بالمدينة على خلاف ماقدمناه وقد روى عن ابن عمر راوي الحديث ما يدل على انه حديث ترك العمل بظاهره فى زمن الصحابة بالمدينة اما لنسخ علموه فيه واما لتأويل تأولوه عليه وذلك انه قال بعت من عثمان أمير المؤمنين ماله بالوادي بمال لى بخيبر فلما تبايعنا رجعت علي عقبي حتى خرجت من عنده خشية ان يراد في البيع وكانت السنة ان البيعين بالخيار مالم يفترقا ولا يقال كان كذا وكذا الا بما قد كان وذهب لابما هو قائم ثابت وفى قوله رضى الله عنه كانت السنة يريد حين مبايعته عثمان رضى الله عنه وذلك بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم اشكال لان النسخ لايكون بعد وفاة النبي

صلى الله عليه وسلم فلا وجه لقوله عندي والله أعلم كانت السنة الا انه أراد اي كانت السنة عندى وفى مذهبي على ما كنت أحمل عليه الحديث ان المراد بالتفرق فيه التفرق بالابدان وهذا يدل على انه رضي الله عنه رجع عن مذهبه فى ان البيعين بالخيار مالم يفترقا بابدانهما الى ان البيع يلزم المتبايعين بتمام البيع بالكلام وان لم يفترقا عن مجلسهما وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا قيل ان قلت ان فى حديث البيعين بالخيار ان المتبايعين هما المتساومان بطلت فائدة الحديث لا يشك احد ان المتساومين كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتم البيع بالكلام هذا معلوم بالفطرة لا يحتاج الى بيان فالجواب عن ذلك ان فائدة الحديث لا تبطل لان المستفاد منه على ما تأولناه ان البيع يلزم بمجرد العقد الا ان يكون البيع شرط فى الخيار فيثبت كانه المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار مالم يفترقا فان تفرقا معناه باللفظ فلا خيار لهما الا فى بيع الخيار وهذا بين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد يحتمل ان تكون فائدة الحديث والمراد به عند من ذهب الي ان الفرقة بالاقوال ان من أوجب البيع من المتساومين لصاحبه لايلزمه وله الرجوع عنه فى المجلس مالم يجبه صاحبه بالقبول فيه وهذا ظاهر الا انه ليس على مذهب مالك وانما هو قول محمد بن الحسن والذى يأتى على المذهب ان من أوجب البيع من المتبايعين لصاحبه لزمه ان أجابه صاحبه فى المجلس بالقول ولم يكن له ان يرجع عنه قبل ذلك ويحتمل ان يكون معنى الحديث وفائدته التى سيق اليها ان المتساومين مالم يوجب أحدهما لصاحبه البيع فلا يلزم البائع مالم يتم البيع بما طلب من الثمن ولا المبتاع الاخذ بما بذل منه فى حال المساومة وان لكل واحد منهما ان يرجع عن ذلك مالم يتم البيع بالكلام وهذا يأتي على قول مالك فى المدونة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ واذا حمل الحديث على هذا جاز ان يحمل الاستثناء في قوله فى حديث

الا بيع الخيار ما تقـدم وان يحمل على معنى ان يقول أحـدهما لصاحبه اختر أو رد فيختار فيلزم بذلك البيع وينقطع به الخيار على ما روى في بعض الآثار ان المتبايعين كل واحد منهما على صاحبـه بالخيار مالم يفترقا الا أن يقول أحدهما لصاحبـه اختر وهذا اللفظ تعلق به الشافعي رحمه الله تعالى وكل من حمل الحديث على ظاهره فرأى الخيـار للمتبايعين وان تم البيع بينهما بالكلام ما لم يفترقا بالابدان والتأويل الاول أظهر لان لفظ الخيار اذا أطلق في الشرع انما يفهم منه اثبات الخيار لاقطعه ومن أهل العلم من ذهب الى أن المراد الفرقة بالابدان الى أنها فرقة تحل العقد وتبطل ما أوجبه أحد المتبايعين على نفسه لصاحبه وهو معني حسن يخرج على المذهب وبالله سبحانه وتعالي التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

كتاب العيوب

﴿فصل﴾ في تحريم التدليس بالعيوب أصل مابنيت عليه أحكام هذا الكتاب كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وذلك أن الله تبارك وتعالى نهى عن أكل المال بالباطل في كتابه وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم فقال تعالى يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وقال ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وقال النبي صلى الله عليه وسلم في خطبته المشهورة ألا ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام لحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ألا هل بلغت ألا هل بلغت ألا هل بلغت وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه والتدليس بالعيوب من أكل المال بالباطل الذي حرمه الله في كتابه وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ومن الغش والخلابة التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لاخلابة وقال من غشنا فليس منا أي ليس على مثل هدانا وطريقتنا الا أن الغش لايخرج الغاش من الايمان فهو معدود في جملة المؤمنين الا أنه ليس على هداهم وسبيلهم لمخالفته اياهم في التزام ما يلزمه في شريعة الاسلام لأخيه المسلم قال الله عزوجل انما المؤمنون اخوة وقال النبي صلى الله عليه وسلم المؤمن أخ المؤمن يشهده اذا مات ويعوده اذا مرض وينصح له ان غاب أو شهد وقال صلى الله عليه وسلم لا تباغضوا ولا تحاسدوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله اخوانا فلا يحل لامرئ مسلم أن يبيع عبداً أو أمة أو سلعة من السلع أو داراً أو عقاراً أو ذهبا أو فضة أو شيئاً من الاشياء وهو يعلم فيه عيبا قل أو كثر حتي يبين ذلك لمبتاعه ويقفه عليه وقفا يكون علمه به كعلمه فان لم يفعل ذلك وكتمه العيب وغشه بذلك لم يزل في مقت الله ولعنة ملائكة الله روى عن واثلة بن الاسقع أنه قال سمعت رسول الله صلى الله

عليه وسلم يقول من باع عيبا لم يبينه لم يزل في مقت الله أو لم تزل الملائكة تلعنه وقد يحتمل أن يحمل قوله من غشنا فليس منا على ظاهره فيمن غش المسلمين مستحلا لذلك لانه من استحل التدليس بالعيوب والغش في البيوع وغيرها فهو كافر حلال الدم يستتاب فان تاب والا قتل وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والعيوب تنقسم على قسمين عيب يمكن التدليس به وعيب لا يمكن التدليس به وهو على وجهين (أحدهما) ما استوى فيه البائع والمبتاع في الجهل بمعرفته وكان في أصل الخلقة باتفاق أو لم يكن في أصلها على اختلاف لم يختلف أصحاب مالك في جملة هذا واختلفوا في تفصيله على ما سيأتي في موضعه من الكتاب ان شاء الله (والثاني) ما استوى البائع والمبتاع في المعرفة به وذلك ما كان من العيوب ظاهراً لا يخفي وأما ما يمكن التدليس به فانه على ثلاثة أوجه (أحدها) أن لا يحط من الثمن شيئاً ليسارته أو لان المبيع لا ينفك منه (والثاني) أن يحط من الثمن يسيراً (والثالث) أن يحط منه كثيرا فأما ما لا يحط من الثمن شيئاً ليسارته أو لان المبيع لا ينفك منه فانه لا حكم له وأما ما يحط من الثمن يسيراً فانه لا يخلو من أن يكون في الاصول أو في العروض فان كان في الاصول فانه لا يجب به الرد وان كان المبيع قائما وانما الواجب فيه الرجوع بقيمة العيب وذلك كالصدع في الحائط وما أشبه ذلك وأما ان كان في العروض فظاهر الروايات في المدونة أن الرد يجب فيه كالكثير سواء وقيل انه كالاصول لا يجب الرد به وانما فيه الرجوع بقيمته وعلى هذا كان الفقيه رحمه الله يحمل ظاهر الروايات حيث ما وقعت ويقول لا فرق بين الاصول في ذلك والعروض ويؤيد تأويله في ذلك أن زياداً روى عن مالك رحمه الله فيمن ابتاع ثوبا فاذا فيه خرق يسير يخرج في القطع أو نحوه من العيوب لم يرد به ووضع عنه قدر العيب. وكذلك هو في جميع الاشياء وقعت هذه الرواية في الكتاب الجامع لقول مالك رحمه الله المؤلف للحكم وفي المختصر الكبير نحوه قال ولا يرد من العيوب الا من عيب كثير ينقص ثمنه ويخاف عاقبته ولا ينظر في ذلك الى ما يرده التجار فانظر في ذلك وبالله سبحانه

وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ولا أعرف للمتقدمين من أصحابنا حداً في اليسير الذي يجب الرد به في الدور والعروض على أحد القولين وقد رأيت لابن عتاب رحمه الله تعالى أنه سئل عن العيب الذي يحط من الدار ربع الثمن فقال ذلك كثير يجب الرد به وقال ابن القطان إن كان قيمة العيب مثقالين فهو يسير يرجع المبتاع بها على البائع ولا يرد البيع وان كان قيمته عشرة مثاقيل فهو كثير يجب الرد به فقال ان عشرة مثاقيل كثير ولا يبين من أي الثمن والذي عندي أن عشرة مثاقيل من مائة كثير يجب الرد به وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما ما يحط من الثمن كثيراً فلا يخلو المبيع فيه من خمسة أحوال (أحدها) أن يكون بحسبه لم تدخله زيادة ولا نقصان (والثاني) أن تدخله زيادة ونقصان (والثالث) أن يدخله نقصان ولا تفوت عينه (والرابع) أن تفوت عينه أو أكثر العين بخروجه عن ملكه (والخامس) أن يعقد فيه عقداً يمنعه من رده وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فأما الحال الاولى وهو أن يكون المبيع قائما بحسبه لم تدخله زيادة ولا نقصان فان المبتاع فيه بالخيار بين أن يرد ويرجع بجميع الثمن أو يمسك ولا شيء له من الثمن والاصل في ذلك حديث المصراة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما الحال الثانية وهو أن يدخل المبيع زيادة فان الزيادة لا تخلو من خمسة أوجه (أحدها) زيادة بحوالة الاسواق (والثاني) زيادة في حال المبيع (والثالث) زيادة في عين المبيع بنماء حادث أو بشيء من جنسه مضاف اليه (والرابع) زيادة من غير جنس المبيع مضافة اليه (والخامس) ما أحدثه المشتري في المبيع من صنعة مضافة اليه كالصبغ والخياطة وما أشبه ذلك مما لا ينفصل عنه الا بفساد وبالله سبحانه وتعالى

التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما الزيادة بحوالة الاسواق فانه لا يعتبر بها ولا توجب للمبتاع خياراً وكذلك الزيادة في حال المبيع مثل أن يكون عبداً فيتعلم الصناعات ويتخرج فتزيد قيمته لذلك وأما الزيادة في عين المبيع لنماء حادث فيه كالدابة تسمن أو الصغير يكبر او بشيء من جنسه مضاف اليه كالولد يحدث فاختلف أصحابنا في ذلك فلهم في الدابة تسمن والولد يحدث قولان (أحدهما) أن ذلك ليس بفوت وهو مخير بين أن يرد الدابة بحالها أو يردها بولدها ان حدث لها ولد أو يمسك ولا شيء له (والثانى) أن ذلك فوت وهو مخير بين أن يرد الدابة بحالها أو يردها بولدها ان حدث لها ولد وبين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب ولهم في الصغير يكبر هذان القولان وقول ثالث في المدونة أن ذلك فوت وله قيمة العيب ولا خيار له في الرد ولا فرق بين المسائل الثلاث مالم يكن الكبر نقصا كالهرم وما أشبه ذلك وبالله سبحانه تعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما الزيادة المضافة الى المبيع من غير جنسه فذلك مثل أن يشتري العبد ولا مال له فيفيد عنده مالا بهبة أو صدقة أو كسب من تجارة مالم يكن ذلك من جراحة أو يشترى النخلة ولا ثمرة فيها فتثمر عنده ثم يجد عيبا فان هذا لا اختلاف فيه ان ذلك لا يوجب له خياراً و يكون مخيراً بين ان يرد العبد وماله والنخل وثمرها مالم تطب ويرجع بالسقيا والعلاج على مذهب ابن القاسم رحمه الله تعالى أو يمسك ولا شيء له في الوجهين جميعا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما الزيادة بما أحدثه المشترى في البيع من صنعة مضافة اليه كالصبغ والخياطة والكمد وما أشبه ممالا ينفصل عنه الا بفساد فلا اختلاف ان ذلك يوجب له الخيار بين ان يمسك ويرجع بقيمة العيب أو يرد ويكون شريكا بما زاد مما أحدثه من الصبغ وشبهه لانه أخرج ماله فيه فلا يذهب هدراً وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ووجه العمل فى ذلك ان يقوم الثوب سليما يوم البيع من عيب التدليس فان كان قيمته مائة قوم أيضا بقيمة التدليس فان كانت قيمته ثمانين قوم أيضا يوم الحكم مصبوغا فان كانت قيمته خمسة وتسعين كان مخيراً بين ان يمسك ويرجع بخمس الثمن أو يرد ويأخذ جميع الثمن ويكون شريكا في الثوب بما تقع العشرة التى بين القيمتين من الخمسة والتسعين وذلك جزآن من تسعة عشر وان كانت الاسواق حالت بنقصان لم يقوم يوم الحكم غير مصبوغ وقوم مصبوغا فان كانت قيمته يوم الحكم مصبوغا خمسة وثمانين كان شريكا فى الثوب ان رده بجزء من سبعة عشر وهو ما تقع الخمسة التى بين قيمته يوم الحكم مصبوغا وبين قيمته يوم الشراء غير مصبوغ من قيمته يوم الحكم مصبوغا وتحصيل هذا الذي قلناه ان الأسواق حالت بنقصان لم يقوم يوم الحكم الا مصبوغا خاصة فان كان شريكا بمازاد قيمته يوم الحكم مصبوغا وغير مصبوغ وان حالت الاسواق بنقصان لم يقوم يوم الحكم الا مصبوغا خاصة وكان شريكا بما زادت قيمته يوم الحكم مصبوغا على قيمته يوم الشراء غير مصبوغ على ما ذكرناه وهذا قول بعض أهل النظر وفيه عندي نظر والقياس أن يقوم يوم الحكم مصبوغا وغير مصبوغ وان حالت الاسواق بنقصان فيكون شريكا بما زاد الصبغ على كل حال لان حوالة الاسواق ليس بفوت فى الزيادة ولا فى النقصان ويشاركه المبتاع بما زاد الصبغ ولا ينقص من ذلك بسبب نقصان حوالة الاسواق وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما الحال الثالثة وهو أن يدخل المبيع نقصان فالنقصان أيضاً لا يخلو من خمسة أوجه (أحدها) نقصان بحوالة الاسواق (والثانى) نقصان بتغير حال المبيع فأما النقصان بحوالة الاسواق فلا يعتبر به وهو مخير بين أن يرد ولا شئ له أو يمسك ولا شئ عليه وأما النقصان بتغير حال المبيع مثل أن يشتري الامة فيزوجها أو العبد فيتزوج أو يزني أو يسرق أو يشرب خمراً أو ما أشبه ذلك مما تنتقص به قيمته فاختلف فى ذلك قال في المدونة فى الذي يشتري الامة فيزوجها ثم يجد عيبا ان التزويج نقصان

فلا يردها الا ما نقص النكاح منها معناه أو يمسك فيرجع بقيمة العيب قال ابن حبيب أن ما أحدثه العبد من زنا وشرب خمر أو سرقة فان ذلك ليس بنقص يرد معه المشتري ما نقصه اذا وجد به عيبا وقد يحتمل أن يفرق بين الوجهين بأن التزويج عيب يعلم حدوثه بعد الشراء فلا يرده الا أن يرد معه ما نقصه وما ظهر بالعبد من السرقة وشرب الخمر والزنا بعد الشراء لا يدرى لعله كان كامنا فيه من قبل الشراء فلم يلزمه رد ما نقصه وبهذا المعنى فرقوا بين الحكم لها بشهادته أو يشهد على الرجل ثم تقع بينه وبينه خصومة وعداوة قبل الحكم بشهادته وبين الشاهد يشهد للرجل ثم يحدث اشرب الخمر أو الزنا أو سرقة قبل الحكم بشهادته ان شهادته مردودة فى هذا وجائزة في المسألتين الاولتين وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصـل ﴾ فاذا قلنا بهذا فالنقصان فى حال المبيع ينقسم على وجهين (أحدهما) يعلم حدوثه بعد الشراء ونقصان يظهر سببه بعد الشراء ولا يدرى هل حدث بعده أو قبله وأما النقصان بتغير عين المبيع فانه لا يخلو من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون يسيراً (والثاني) أن يكون كثيراً ولا يذهب بجل المبيع ولا يتلف أكثر منافعه (والثالث) أن يذهب جله ويتلف أكثر منافعه فأما النقصان اليسير كذهاب الظفر والانملة من الوخش والحمي والرمد وصرع الجسم وما أشبه ذلك فليس بفوت ويخير المبتاع بين أن يمسك ولا شئ له أو يرده ولا شئ عليه وأما النقصان الكثير اذا لم يذهب بجل المبيع ولا أتلف أكثر منافعه فانه يوجب للمبتاع الخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب وبين أن يرد ويرد مانقصه العيب الحادث عنده انما له أن يمسك ويرجع بقيمة العيب والدليل على صحة قولنا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتاع شاة مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعا من تمر وجه الدليل من هذا الحديث ما إتلف من اللبن وهو الصاع وبين أن يمسك وهذا نص فى موضع الخلاف ومن جهة المعنى والقياس ان هذين عيبان حدث احدهما عند البائع والثانى عند المبتاع وكل واحد منهما غير راض بالتزام

ماحدث عند صاحبه بقيمته فلما تعارض الحقان كان أولاهما بالتغليب حق المبتاع لانه لم يدلس ولا اخطأ على صاحبه والبائع لايخلو من ان يكون دلس على المبتاع أو أخطأ عليه بأن باع منه معيبا على أنه صحيح ولم يبينه في ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي اقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ووجه العمل فى هذا ان أراد ان يمسك أو يرجع بقيمة العيب أن يقال ماقيمتها يوم البيع سليمة من عيب التدليس ومن العيب الحادث عن المشترى فان قيل مائة قيل فما قيمتها يومئذ بعيب التدليس سليمة من العيب الحادث عند المشترى فان قيل ثمانون رجع المبتاع على البائع بخمس الثمن كان أقل من ماله أو أكثر لان البائع لم يدفع اليه الا أربعة أخماس ماباع منه وأخذ منه ثمن الجميع فوجب أن يرد خمس الثمن لانه قبضه باطلا بغير عوض وان أراد أن يردويرد مانقصها العيب الحادث عنده قيل ماقيمتها أيضاً يومئذ بعيب التدليس وبالعيب الحادث عنده فان قيل ستون وقيمتها يومئذ سليمة مائة وبعيب التدليس ثمانون كما ذكرنا كان على المبتاع خمس الثمن وان شئت قلت ربع الثمن بعد أن يسقط منه خمسه لانه دلس لخمس المبيع فأخذ خمس الثمن باطلا وذلك سواء لان هذا الجزء هو الذى ذهب عند المبتاع فيمضي ماينوبه من الثمن وذلك أنه قبض على هذا التنزيل أربعة أخماس المبيع وبقى عند البائع خمسه فذهب عنده ربع ماقبض وهو خمس الجميع فذلك الذى يلزمه ثمنه ويسقط عنه سائر الثمن ان كان لم يدفعه وان كان قد دفع الثمن رجع باربعة أخماسه وبقي للبائع خمسه لان الخمس الذى تلف عند المبتاع مصيبته منه فمضى بالثمن كما لو اشترى سلعة فاستهلك خمسها بانتفاع بأكل أو جناية ووجد بالباقى عيبا رده ولزمه خمس الثمن بما استهلك وهذا كله بين لاخفاء به ولا ارتياب في صحته فلا بد على هذا فى الرد من ثلاث قيم وفى الامساك من قيمتين وقال أحمد بن المعدل ان أراد أن يمسك ويرجع بقيمة العبد فليرجع بقيمته من الثمن الذى اشتراها به كقول ابن القاسم سواء وان أراد أن يرده فليرده ويرد قيمة العيب يوم الرد فينظر كم قيمته يومئذ وبه

العيب القديم وكم قيمته بالعيب الثاني فيرد معه قيمة العيب الثاني وهذا ما بين القيمتين دون أن يرجع في ذلك الى أصل الثمن لانه فسخ بيع ألا ترى لو نمي العبد أو نقص لرد بنمائه ونقصانه ولا شئ عليه فكذلك يرد قيمة العيب يوم الرد المبتاع في الثمن الذى أخذه منه ولم يفسخ بينهما وقال أحمد بن المعدل وما علمت أحداً من أصحابنا تكلم عليها قلت تكلم عليها أحمد بن المعدل وحده وكل مجر بالخلاء يسرى ولو رأى كلام ابن القاسم وتدبره لبان صوابه ولم يسعه خلافه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما ان ذهب النقصان بجل المبيع واتلف أكثر منافعه مثل ان يفقأ للعبد عينيه جميعا فيبطله وما أشبهه فان هذا كله كذهاب عينه فلا يجب للمبتاع الا الرجوع بقيمة العيب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما النقصان من غير المبيع مثل ان يشترى النخل بثمرها قبل الطياب قبل الابار أو بعده أو العبد بماله فيذهب مال العبد بتلف أو ثمر النخل بجائحة أتت عليه ثم يجد به عيبا فان هذا ليس فيه اختلاف ان ذلك ليس بفوت وهو بالخيار بين ان يرد ولا شئ عليه أو يمسك ولا شئ له اما النقصان بما أحدثه المبتاع في المبيع فما جرت العادة ان يحدث فيه مثل ان يشتري الثوب فيصبغه أو يقطعه فينقص ذلك من ثمنه فهذا فوات والمشترى مخير بين ان يمسك ويرجع بقيمة العيب أو يرد ويرد مانقصه ذلك عنده الا ان يكون مدلساً فلا يكون عليه بالنقصان شئ يرده من أجله واختلف ان أراد ان يمسك هل له ان يرجع بقيمة العيب ام لا على قولين أحدهما قول ابن القاسم ان ذلك له والثانى قول ابن المواز وأصبغ ان ذلك ليس له فيما كان نقصه بغير صناعة كالقطع وانما يكون له ذلك فيما كان نقصه بصناعة كالصبغ وشبهه ولكلا القولين وجه من وجوه النظر وهو محمول على غير التدليس حتي يثبت ذلك عليه أو يقربه على نفسه فان انكر ان يكون علم أو ادعى انه نسى حلف على ذلك فان حلف خير المبتاع عند ابن القاسم وحكى ابن المواز عن مالك انه لا يحلف الا بعد ان

يخير المبتاع فيختار الرد اذ لا معنى ليمينه اذا اختار الامساك والرجوع بقيمة العيب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وهذه احدي خمس المسائل التى يفترق فيها حكم التدليس من الذى لم يدلس (والثانية) ان يصيب المبيع عند المشتري عيب أو عطب من العيب الذى باعه به مثل ان يبيعه آبقا فيابق عند المشترى أو سارقا فيسرق عند المشترى فتقطع يده وما أشبه ذلك فانه ان كان البائع مدلسا ان يبيع الرجل سلعة وبها عيب ثم يشتريها من المبتاع بأكثر من الثمن الذى باعها به منه فان كان مدلسا لم يكن له الرجوع على المبتاع وان كان غير مدلس رجع عليه بما زاده على الثمن (والرابعة) أن من دلس في سلعة بعيب فردت عليه به لم يلزم السمسار رد الجعل بخلاف ما اذا لم يدلس (والخامسة) أن من باع بالبراءة مما يجوز بيعه بالبراءة فانه يبرأ مما لم يعلم به ولا يبرأ مما علم به فدلس وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ وأما الحال الرابعة وهو أن يذهب عين المبيع فلايخلو من وجهين (أحدهما) أن يكون ذهابه بخروجه عن ملكه بعوض (والثانى) أن يكون خروجه عن ملكه بغير عوض فأما الوجه الاول وهو أن يخرج عن ملكه بعوض وذلك أن يبيعه أو يهبه للثواب لايخلو أيضاً من وجهين (أحدهما) أن يبيعه من بائعه (والثاني) أن يبيعه من غير بائعه فأما ان باعه من بائعه بمثل الثمن فلا شئ عليه لأنه قد رده عليه وان باعه بأقل من الثمن رجع عليه بتمام الثمن فيكون كانه قد رده عليه فان لم يثبت قدم العيب عند البائع الاول وأمكن أن يكون حدث عند المشترى الاول وهو البائع الثاني حلف البائع الاول بالله ما كان عنده يوم باعه على البت ان كان ظاهراً أو على العلم ان كان خفياً باطنا ولم يكن للمشتري الاول وهو البائع ان اشتراه من المشترى الاول حلف البائع الثانى وهو المشترى الاول ان العيب لم يحدث عنده فى علمه ان كان خفيا ولم يكن للبائع الاول وهو المشترى الثاني أن يرد عليه ولزمه البيع فيه بالثمن الثاني اذ قد برئ من غرم ما بين الثمنين بيمينه أو لان العيب لم يحدث عنده

وإن باعه منه بأكثر من الثمن الذي اشتراه به منه وكان البائع الاول قد علم بالعيب فدلس به لزمه البيع ولم يكن له أن يرده على المشتري الاول وهو البائع الثاني ثم كان للبائع الثاني وهو المشتري الاول أن يرده على البائع الاول وهو المشتري الاول بالزيادة فان لم يثبت قدم العيب عند البائع الاول وأمكن أن يكون حدث عند المشتري الاول لم يكن ذلك كله اذ لم يثبت أن العيب كان به عنده ولزمته اليمين ما علم أن العيب كان به عنده ان كانت من العيوب التي تخفي وان كانت من العيوب الظاهرة حلف على البت علي مذهب ابن القاسم وان أمكن ان يكون العيب حدث عند البائع الاول بعد ان اشتراه من المشترى الأول حلف المشتري الاول وهو البائع الثاني أنه ماعلم ان العيب حدث عنده ولزم البائع الاول العبد ولم يكن له رده عليه واما ان باعه من غيره فقال ابن القاسم في المدونة هذا فوت ولا يرجع على البائع للعيب بشئ لانه لا يخلو من ان يكون علم بالعيب فباعه على معرفة فهو رضا منه او لم يكن علم فلم ينقص بسبب العيب شيء قال عيسى الا أن يرجع عليه بشئ فيرجع بقيمة العيب من ثمنه الذي اشتراه به ظاهر الرواية وان كان ذلك أكثر مما رجع به عليه وكذلك لو نقص بسبب العيب شيئاً وان كان قد باع بمثل الثمن أو أكثر منه مثل أن يبيعه وكيلا له ويبين العيب هذه الرواية ومعنى مافي المدونة لابن القاسم في كتاب ابن المواز انه ان باعه بأقل من الثمن ونقص بسبب العيب رجع على البائع بالاقل من بقية رأس ماله أو قيمة العيب ما شاء من ذلك البائع مخير فلو باع على قول ابن القاسم هذا بمثل الثمن أو اكثر لم يكن له على البائع رجوع وان كان قد نقص بسبب العيب ومن قوله في كتاب ابن المواز انه ان باعه ففات عند المبتاع الثاني فرجع عليه بقيمة العيب رجع هو على بائعه بالاقل من قيمة العيب من ثمنه هو او مما رجع به عليه ظاهره وان كان ذلك أكثر من بقية رأس ماله خلاف ماتقدم له من أنه اذا نقص عليه بسبب العيب يرجع على البائع بالاقل من بقية رأس ماله أو قيمة العيب لم يحمله محمد بن المواز على الخلاف فقال فيه يريد مالم يكن ذلك أكثر من بقية رأس ماله فانما له الرجوع بالاقل من ثلاثة أشياء

والصواب أن ذلك اختلاف من قوله فيتحصل له في المسئلة ثلاثة أقوال (أحدها) أنه إن رجع عليه في العيب بشيء أو نقص بسببه من الثمن شيء رجع على البائع منه بقيمة العيب من ثمنه بالغا ما بلغ وهي رواية عيسى عن ابن القاسم (والثانى) أنه يرجع عليه بالاقل من قيمة العيب من ثمنه أو مما رجع به عليه وهو أحد قولى ابن القاسم في كتاب ابن المواز (والثالث) أنه يرجع عليه بالاقل من قيمة العيب من ثمنه أو مما رجع به عليه أو من بقية رأس ماله الاقل من الثلاثة الاشياء وهو اختيار ابن المواز واحد قولى ابن القاسم في كتابه وقال أشهب اذا باعه وان لم يسقط بسبب العيب شيء فيرجع بالاقل من قيمة العيب من ثمنه أو من بقية رأس ماله وقال ابن عبد الحكم يرجع بقيمة العيب كله على البائع باعه من الاجنبي بمثل الثمن أو أقل أو أكثر وأما الوجه الثانى وهو ان يكون خرج من يده بغير عوض فلا يخلو من أن يكون ذلك باختياره وفعله أو مغلوبا عليه بغير اختياره فاما ان كان ذلك مغلوبا عليه من غير اختياره مثل أن يكون عبداً فيموت أو يقتله خطأ أو يغصب منه وما أشبه ذلك فلا اختلاف أن له الرجوع بقيمة العيب واما ان كان ذلك بفعله واختياره مثل ان يكون عبداً فيقتله عمدا أو يهبه أو يتصدق به أو يعتقه أو يكاتبه أو ما أشبه ذلك فروى زياد عن مالك رحمه الله تعالى ان ذلك فوت ولا رجوع له بقيمة العيب والمشهور من قول مالك رحمه الله تعالى الذي عليه أصحابه ان ذلك فوت وله الرجوع بقيمة العيب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما الحال الخامسة وهو ان يعقد فيه عقدا يمنعه من رده فان هذا العقد لا يخلو من أن يتعقبه رجوع الى ملكه أو لا يتعقبه رجوع الى ملكه فاما ان كان لا يتعقبه رجوع الى ملكه وذلك كالكتابة والاستيلاد والعتق الى أجل والتدبير فهو فوت وليس فيه الرجوع بقيمة العيب وأما ان كان العقد يتعقبه الرجوع الى ملكه كالرهن والاجارة والاخدام ففيه بين أصحابنا اختلاف قال ابن القاسم اذا رجع الى ملكه رده وليس ما عقده فيه فوت وقال أشهب ان كان أمد ذلك قريبا رده وان

كان بعيداً فهو فوت وقال أصبغ في الاجارة انها ليست بفوت وله الرد ولا تنتقض الاجارة لانه عقدها بعوض يجوزله كما لو زوج العبد ثم وجد به عيبا لرده بعيبه ولم يفسخ النكاح فانظر هل يرد ما نقصه ذلك فقابله بمن اشترى ثوبا فقطعه ثم وجد به عيبا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فالرد بالعيوب القديمة قبل العقد واجب على التفصيل الذى ذكرناه علم البائع بها أولم يعلم اذا كان مما يمكن معرفته الا ان يبيع بالبراءة فان باع بالبراءة فيما يجوز فيه البيع بالبراءة برىء مما لم يعلم من العيوب على مذهب مالك رحمه الله تعالى ولا يبرأ مما علم فدلس به وأما ما حدث بالمبيع من العيوب بعد عقد البيع فلا يجب به الرجوع الا أن يكون الحادث من العيوب فى الرقيق فى عهدة الثلاث أوجنونا أو جذاما أو برصا فى عهدة السنة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فالعيوب على هذا تنقسم على ثلاثة أقسام عيب قديم يعلم قدمه عند البائع ببينة تقوم على ذلك أوباقرار البائع به او بدليل العيان وعيب يعلم حدوثه عند المشترى ببينة تعلم ذلك او باقرار المشترى بحدوثه عنده او بدليل العيان علي ذلك وعيب مشكوك فيه يحتمل أن يكون قديما عند البائع ويحتمل ان يكون حدث عند المشترى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما العيب القديم فيجب الرد به فى القيام والرجوع بقيمته فى الفوات على التقسيم الذي ذكرناه واما الحادث فلا حجة للمبتاع فيه على البائع واما المشكوك فيه فليس على البائع فيه الا اليمين قيل على البت وهو قول ابن نافع فى المدنية ورواية يحيي عن ابن القاسم فى العتبية والحجة في ذلك انه لو ثبت انه كان قديما عند البائع لوجب ان يرد عليه وان لم يعلم به فاذا رد عليه وان لم يعلم به وجب ان لا يبرأ منه بيمينه على العلم وهذا لايلزم لانه انما يرد عليه وان لم يعلم به اذا ثبت كونه عنده وفي مسئلتنا لم يثبت كونه عنده وقال أشهب يحلف على العلم فى الظاهر والخفى وفرق ابن القاسم بين ذلك فقال يحلف فى الظاهر علي البت وفي الخفى على العلم فان نكل عن اليمين

رجعت على المبتاع في الوجهين جميعا على العلم أنه ماحدث عنده هذا قول ابن القاسم في سماع عيسى من العتبية وروي عنه في المدنية أنها ترجع على المبتاع على نحو ما كانت على البائع والى هـذا ذهب ابن حبيب في الواضحة وقال ابن نافع يحلف على البت في يمين البائع وهي رواية يحيي عن ابن القاسم في العتبية وعلى قول أشهب يحلف على العلم في الوجهين جميعا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فان نكل عن اليمين ففي المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم رحمهم الله تعالى أن البيع يلزمه وهـذا يقتضي أنه ليس له بعد النكول أن يرجع الى اليمين وفيها من قول ابن نافع فان نكل عن اليمين لم ترد أبداً حتى يحلف وهذا يقتضي أن له بعد النكول أن يحلف وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وهذا في العيوب التي تكون ظاهرة في البدن وأما ما لا يظهر من الاباق والسرقة وما أشبه ذلك فادعى المبتاع أنه كان بالعبد قديما فقال ابن القاسم يحلف البائع واحتج بروايته عن مالك رحمه الله وقال أشهب لا يمين عليه واحتج في ذلك بروايته عن مالك رحمـه الله أيضاً وفرق محمد بن المواز من رأيه بين أن يظهر العيب عنـد المبتاع أو لا يظهر فألزمه اليمين اذا ظهر ولم ير ذلك عليه اذا لم يظهر عنده وانما أراد أن يحلفه بمجرد دعواه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف في الرد بالعيب هل هو نقض بيع أو ابتداء بيع فجعله ابن القاسم في كتاب الاستبراء من المدونة ابتداء بيع اذا وجب المواضعة على المشتري وروى ذلك عن مالك وله في كتاب العيوب خلاف ذلك في الذي أعتق عبده فرد الغرماء عتقه فباعه السلطان في دينه ثم ثبت أنه كان به عند البائع عيب وانه علـم به أن البيع يرد ويعتق على البائع بالعتق الاول ان كان له مال تؤدى منـه ديون الغرماء وقال أشهب في كتاب الاستبراء هو نقض بيع وروي ذلك عن مالك رحمه الله في العتبية وله خلاف ذلك في مسئلة كتاب العيوب المذكورة أن العبد لا يعتق فجعـله راجعا اليه بملك مستأنف لا على الملك الاول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف متى اذا تدخل السلعة المردودة بالعيب فى ضمان البائع فقيل اذا أشهد المبتاع على العيب وانه غير راض به فقد برئ من ضمان السلعة المردودة بالعيب ما لم يطل الامر حتي يري أنه راض به وهو قول أصبغ وقيل هى في ضمان المبتاع حتى يثبت العيب عند السلطان وقيل هي في ذمة البائع وان ثبت العيب عند السلطان حتى يقضى برده على البائع أو يرضي صاحب العبد بقبض عبده وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ فان كان المبيع المردود بالعيب مما له غلة ويلزم فيه نفقة فالغلة للمبتاع والنفقة عليه لا رجوع له بها على البائع ولا يلزمه أن يرد الغلة لان الضمان منه وروى أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده ما شاء الله ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبى صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال البائع يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الغلة بالضمان لا اختلاف بين أهل العلم فى هذا على الجملة وانما اختلفوا فيه على التفصيل لاختلافهم فيما هو غلة للمبتاع مما ليس بغلة وفي وجوب الرجوع له بما أنفق على ما لا يصح اغلاله وبيان هذا أن الغلات تنقسم على قسمين (أحدهما) ما لا يتولد عن المبيع ما اغتل منه الى يوم يرده بالعيب وعليه النفقة ولا اشكال فى هذا الوجه يفتقر الى بيان وأما ما يتولد عنه فانه ينقسم على قسمين (أحدهما) أن يكون ما يتولد عنه ووجهه أن يقبض شيئا شيئاً كلما تولد كلبن الغنم وما أشبهها (والثانى) أن يكون ما يتولد عنه لا يقبض الا في أوقاته المعهودة كثمر النخل وصوف الغنم وما أشبه ذلك فاما الوجه الاول فحكمه حكم مالا يتولد عن المبيع للمبتاع منه ما اغتل الى يوم الرد واما الوجه الثانى فان النخل وما أشبه النخل من جميع الثمار مفارقة لصوف الغنم واما النخل وما أشبهها فلا تخلو من أربعة أحوال (أحدها) أن تكون يوم البيع لا ثمرة فيها (والثانية) أن تكون يوم البيع فيها ثمرة لم تؤبر (والثالثة) أن تكون فيها ثمرة قد أبرت (والرابعة) أن تكون فيها ثمرة قد طابت فأما الحال الاولى وهو أن تكون النخل لا ثمرة فيها يوم الابتياع فلا يخلو من أربعة أوجه (أحدها) أن يجد بها

العيب فيردها به قبل أن تصير لها ثمرة (والثاني) أن يجد بها العيب فيردها به وقد صار لها ثمرة تؤبر (والثالث) أن يجد بها العيب فيردها به وقد أبرت الثمرة (والرابع) أن يجد بها العيب فيردها به وقد طابت الثمرة يبست أو لم تيبس جدت أو لم تجد قائمة كانت أو فائتة واما الحال الثانية وهي أن تكون في النخل يوم الابتياع ثمرة لم تؤبر فلا تخلو من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يجد العيب فيرد به والثمرة بحالها لم تؤبر (والثاني) أن يجد العيب فيرد به والثمرة قد أبرت (والثالث) أن يجد العيب فيرد به وقد طابت واما الحال الثالثة وهي أن تكون في النخل يوم الابتياع ثمرة مأبورة فيستثنيها المبتاع ولا يخلو من وجهين (أحدهما) أن يجد العيب فيرد به والثمرة على حالها لم تطب والثاني أن يجد العيب فيرد به والثمرة قد طابت واما الحال الرابعة وهو أن يشترى النخل بثمرتها بعد الطياب فليس فيها الا وجه واحد وهو أن يجد بها العيب قبل الجداد أو بعده وهما سواء فهذه عشرة أوجه أربعة في الحال الأولى وثلاثة في الحال الثانية واثنتان في الحال الثالثة ووجه واحد في الحال الرابعة يتصور في كل وجه منها أربعة معان سواء الرد بالعيب يطرأ على المال فيخرجه من يد مالكه بوجه الحكم وهي الرد بالعيب الفاسد والاستحقاق بالشفعة والتفليس فانا اذكر حكم الرد والعيب فيها ثم اعود الى ذكر سائر المعاني الاربعة وتبيين وجه الحكم فيها ان شاء الله ولا توفيق الا بالله فأما الوجه الاول من الحال الاولى وهو أن يشتري النخل ولا ثمر فيها فيجد بها عيبا قبل أن يصير لها ثمرة فانه يردها ان شاء ولا يرجع بالسقي والعلاج ان كان قد سقى وعالج وقيل أنه يرجع به على مذهب ابن القاسم وينبغي أن يجرى هذا على اختلاف قوله في الرد بالعيب هل هو نقض بيع أو ابتداء بيع وأما الوجه الثاني من الحال الاولى وهو أن يشترى النخل ولا ثمر فيها فيسقيها ويعالجها حتى تكون لها ثمرة فيجد بها عيبا قبل أن يؤبر فانه يردها بالعيب ويرجع بالسقي والعلاج عند ابن القاسم وأشهب ولا يرجع به عند ابن الماجشون وسحنون وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان وجد الثمرة في هذه الحال فلا أذكر لاصحابنا في ذلك نصا والذي

يوجبه النظر عندي على أصولهم أن ذلك فوت لان جد الثمرة في هـذه الحال يعيب الاصـل وينقص قيمته فيكون مخـيراً بين أن يرد مانقص أو يمسك ويرجع بقيمة العيب وأما الوجه الثالث من الحال الاول وهو أن يشترى النخل ولا ثمرة فيها فيجد بها العيب بعد الابار فانه يردها بثمرتها فيرجع بقيمة السقي والعلاج عنـد ابن القاسم وأشهب خلافا لابن الماجشون وسحنون هـذا قول مالك وأصحابه رحمهـم الله تعالى لاأعرف في ذلك بينهم نص خلاف فى أنه يردها بثمرتها الا أن القياس على مذهب من يري أن الرد بالعيب ابتداء بيع ان يرد النخل أيضا لان فسخ البيع الفاسد نقض له باتفاق فهما قولان ظاهران وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان جد الثمرة فى هذه الحال أيضا كان الحكم فيها على ماتقدم فى جداذه أياما قبل الابار وأما الوجه الرابع من الحال الاولى وهي أن يشتري النخلة ولا ثمرة فيها فيسقى ويعالج حتى يصير بها ثمرة فتطيب ثم يجد بها العيب بعد طيابها يبست أولم تيبس جدت أو لم تجد قائمة كانت أو فائتة فان الثمرة للمبتاع لانها غلة قد وجبت له بالضمان هـذا قول ابن القاسم فى المدونة لاأعرف لهذا النص خلافا الا انه يلزم علي ماله فى كتاب ابن المواز فى الاستحقاق ان يردها بثمرتها بالسقى والعلاج مالم تجد وهو وهو قول أشهب فى المدونة اذا اشترى الثمرة وقد أبرت ولا فرق على مذهبه فى هذا بين شرائه النخل ولا ثمرة فيها أو فيها ثمرة لم تؤبر أو قد أبرت لانه رآها مالم تطب تبعا للاصول مالم يقع عليها حصة من الثمن وان كانت لاتجب له الا بعد الابار الا باشتراطه اياها اذ لايصح بيعها مفردة دون الاصول وهذا قول ابن الماجشون في البيع الفاسد انه يرد بثمرته مالم يجد ولا فرق فى هذا بين الرد بالعيب وبفساد البيع والاستحقاق

﴿ فصل ﴾ فيتحصل فى هذا الحـد الذي تصير به الغـلة للمبتاع في الرد بالعيب والاستحقاق والبيع الفاسد أربعة أقوال (أحدها) أنه تصير له غلة بالابار (والثانى) أنه لا تصير له الا بالطياب لانه قد صارت بعلاجه وعمله الى الحد الذى يكون فى البيع للبائع الا أن يشترطها المبتاع فوجب أن تكون غلة له أصل ذلك اذا طابت أو يبست

ووجه القول الثانى أنها تصير له غلة وان أبرت ما لم تطب لانها قبل الطياب لا يجوز بيعها منفردة دون الاصول أصل ذلك اذا لم تؤبر ووجه القول الثالث أنها ما لم تيبس مشتبهة بالاصول ان باعها دونها لم تدخل في عقد البيع فى ضمان المشتري لما يجب له فيهامن الرجوع بالجائحة فوجب أن يرد معها ولا تكون غلة له ووجه القول الرابع انها وان يبست مالم تجد مشتبهة بالاصول ليست كالطعام الموضوع فى جواز بيعه بالطعام لتعلقه بملك البائع فوجب أن ترد مع الاصول ولا تكون غلة أصل ذلك اذا لم تؤبر وأما الوجه الاول من الحال الثانية وهو أن يشتري النخل وفيها ثمرة لم تؤبر فيجد بها العيب فاختلف قول ابن القاسم اذا ردها قبل أن يرجع بالسقى والعلاج ان كان قد سقى وعالج حكى عنه الفضل وعن أشهب أنه يرجع به وله فى المدونة دليل على أنه لا يرجع به وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان وجد الثمرة فى هذه الحال قبل أن يجد العيب كان ذلك نقصانا يوجب له التخيير بين أن يرد ويرد مانقص أو يمسك ويرجع بقيمة العيب على ماوصفنا فيما تقدم واما الوجه الثاني من الحال الثانية وهو أن يشتري النخل وفيها ثمرة لم تؤبر فيجد العيب والثمرة قد أبرت فالحكم فيها على ماتقدم اذا اشترى النخل ولا ثمرة فيهافوجد فيها العيب وقد أبرت الثمرة وقد وصفنا ذلك واما الوجه الثالث من الحال الثانية وهو أن يشترى النخل وفيها ثمرة لم تؤبر فيجد فيها العيب وقد طابت الثمرة فالحكم فيها على ماتقدم اذا اشتري النخل ولا ثمرة فيها ثم وجد بها العيب وفيها ثمرة قد طابت وصفنا ذلك ومايدخله من الاختلاف وأما الوجه الاول من الحال الثالثة وهو ان يشتري النخل وفيها ثمرة مابورة فيجد بها العيب قبل الطياب فانه يردها بثمرتها عند الجميع ويرجع بالسقى والعلاج عند ابن القاسم وأشهب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان جد الثمرة قبل ان يجد العيب كان مخيراً بين ان يرد ومانقص أو يمسك ويرجع بقيمة العيب على ماتقدم فى جده اياها قبل الابار واما الوجه الثانى من الحال الثالثة وهو ان يشترى النخل وفيها ثمرة قد ابرت فيجد العيب وقد طابت

فانه يردها بثمرتها على مذهب ابن القاسم وان يبست أو جدت وكانت قائمة فان فاتت رد المكيلة ان عرفت أو القيمة ان جهلت أو الثمن ان بيعت ويرجع بالسقي والعلاج وفى ذلك كله على مذهبه ولم يمضها اذا طابت بما ينوبه من الثمن كما أمضاها فى الشفعة اذا يبست وقد عد ذلك سحنون اختلافا من قوله وفرق ابن عبدوس بين المسئلتين وقال أشهب اذا جدت فهى غلة للمبتاع فتلخيص القول في هذا الوجه ان الذي يتحصل فيه ثلاثة أقوال أحدها ان يرد الثمرة مع الاصل على كل حال وهو مذهب ابن القاسم والثاني انها تكون غلة للمبتاع والثالث انها تمضي بما ينوبها من الثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا قلنا انها تمضى بما ينوبها من الثمن وانها تكون غلة للمبتاع ففى حد ذلك ثلاثة أقوال أحدها الطياب والثانى اليبس والثالث الجداد ولا اختلاف فى ان الثمرة ان ذهبت بجائحة فى هذا الوجه ان ترد ويرجع بجميع الثمن وأما الحال الرابعة وهو ان يشترى النخل وفيها ثمرة قد طابت ثم يجد بها عيبا فانه يردها بثمرتها على كل حال وان جدت ما كانت قائمة فان فاتت رد المكيلة ان عرفت كمشتري سلعتين يجد باحدهما عيبا وان جهلت المكيلة مضت بما ينوبها من الثمن ورد النخل بما ينوبها وقيل يرد قيمة الثمرة ويرجع بجميع الثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فهذا حكم الرد بالعيب فى جميع الوجوه التى قسمناها قد بيناها كما شرطنا والرد بفساد البيع مثله سواء فى جميع الوجوه حاشا ان الرد بفساد البيع لا خيار فيه لاحد المتبايعين فهو نقض بيع على كل حال فلا يدخل فيه من الاختلاف الا ما يدخل فى الرد بالعيب على القول بانه نقض بيع يوجب تصحيحه بالقيمة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما الاستحقاق والشفعة والتفليس فتتفق أحكامها فى بعض الوجوه المذكورة بأحكام الرد بالعيب ارادة التقريب وذلك أن النخل يوم الابتياع لا تخلو

من ثلاثة أوجه (أحدها) أن لا يكون فيها ثمرة أصلا وأن يكون فيها ثمرة الا أنها لم تؤبر (والثاني) أن يكون فيها يوم الابتياع ثمرة مأبورة (والثالث) أن يكون فيها يوم الابتياع ثمرة قد طابت فأما الوجه الاول وهو أن لا يكون فيها يوم الابتياع ثمرة أو يكون فيها ثمرة الا انها لم تؤبر فيطرأ على المبتاع فيها والثمرة لم تؤبر مستحق أو شفيع أو تفليس فيريد البائع أن يأخذ نخله فان هذا لا اختلاف فيه انهم يأخذون النخل بثمرته وانما الاختلاف في وجوب رجوع المبتاع بما سقى وعالج ان كان فيه سقى وعلاج وذلك على ماقد ذكرته فى حكم الرد بالعيب وقد رأيت في بعض الكتب القديمة فى رواية عيسى عن ابن القاسم أن المفلس لا يرجع بما سقى فان صحت هذه الرواية عنه فهذا خلاف من قوله يدخل في الرد بالعيب والاخذ بالشفعة وجه القول الاول تشبيهه بالاستحقاق والرد بفساد البيع لما فيه من الخيار للمبتاع ووجه القول الثانى تشبيهه بالبيع لما فيه من الخيار للمبتاع والشفيع وقد روى عن أشهب في الشفعة والاستحقاق انه يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف وعلته فى ذلك أن السقى والعلاج قد يكون أكثر من قيمة الثمرة وهو لو وجدها لم يكن له رجوع فيما سقى وعالج وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان وجد الثمرة كانت غلة له ان كان ابتاع النخل قبل أن يكون فيها ثمرة وان كان ابتياعه لها وفيها ثمرة لم تكن غلة وحاسبه بها الشفيع فأخذ النخل بما ينوبها من الثمن وحاسبه بها البائع فى الاستحقاق فلم يرجع عليه الا بما ينوب الاصول وحاسبه بها الغريب فى التفليس فأخذ النخل بما ينوبها من الثمن وحاص الغرماء بما ينوب الثمرة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فأما ان طرأ عليه بعد ابان الثمرة ففي ذلك أربعة أقوال (أحدها) انهم لا حق لهم فى الثمرة بعد الابار وهى غلة للمبتاع لا يحاسب بها (والثانى) انهم أحق بها ما لم تطب الثمرة (والثالث) انهم أحق بها ما لم تيبس (والرابع) انهم أحق بها ما لم تجد المنصوص عليها من هذه الاقوال فى الاستحقاق قولان (أحدهما) فى

كتاب ابن المواز أن المستحق أحق بها ما لم تيبس (والثانى) رواية ابن القاسم أنه أحق بها ما لم تجد (والقول الثالث) أنه لا حق له فيها بعد الابار وهي غلة للمبتاع قاله أصبغ فى الرد بفساد البيع ولا فرق (والقول الرابع) أنه قول بعض المدنيين في المدونة وهو قول أشهب وأكثر الرواة أنه لا حق للشفيع في الثمرة اذا لم يدركها حتي أبرت وهذا يأتى على أن الاخذ بالشفعة محمل البيع أو على أن الثمرة تصير غلة بالابار (والثانى) قوله فى المدونة أنه أحق بها ما لم تيبس والثمرة ها هنا يأخذها الشفيع بحكم الاستحقاق لا بحكم الشفعة اذ لم تقع عليها حصة من الثمن فيدخل فيها بالمعنى القولان الآخران كما دخلا في الاستحقاق والمنصوص منها فى التفليس قولان (أحدهما) قوله في المدونة أن البائع أحق بها من الغرماء مالم تجد (والثاني) قوله في سماع عيسى من كتاب المديان أنه أحق بها مالم تطاب والقولان الآخران يتخرجان بالمعني والقياس لانه جعل أخذ البائع نخله بمنزلة الاستحقاق اذ جعله أحق بالثمرة ما لم تجد أو ما لم تطب فوجب أن يدخل فى ذلك من الاختلاف ما دخل فى الاستحقاق ولو جعله بمنزلة البيع لوجب أن لا يكون أحق بالثمرة بعد الابار قولا واحدا فاذا أخذوا النخل بثمرته كان للمبتاع الرجوع عليهم بسقيه وعلاجه على الاختلاف المتقدم فان وجد الثمرة بعد الابار وقبل الطياب فهى غلة لا يحاسب بشئ منها وهو قول أشهب قولا أنكره سحنون أن الشفيع والمستحق اذا قدما قبل طيب الثمرة كانت له بقيمتها على الرجاء والخوف وأما الوجه الثانى وهو أن يكون فى النخل يوم الابتياع ثمرة مأبورة فيطرأ عليه قبل طيب الثمرة فانهم يكونون أحق بها على حالها بعد أن يؤدوا السقى والعلاج على الخلاف المتقدم واما ان لم يطرأ عليه الا بعد طيب الثمرة ولم تيبس أو بعد يبسها ولم تجد أو بعد جدادها وهي قائمة أو فائتة ففي ذلك فى الاستحقاق والشفعة ثلاثة أقوال (أحدها) أن الشفيع والمستحق يأخذ الثمرة مع الإصل وان جدت ويرجع بالسقى والعلاج قاله ابن القاسم على قياس قوله فى الرد بالعيب وقاله أشهب ورواه عن مالك في الشفعة فى كتاب ابن المواز ووجهه أنه محمل الاخذ

بالشفعة محمل الاستحقاق (والثانى) انها تكون غلة للمبتاع وهو مذهب أشهب في كتاب العيوب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا قلنا انها تمضى بما ينوبها من الثمن اذانها غلة للمبتاع ففي ذلك ثلاثة أقوال (أحدها) الطياب وهو قول ابن القاسم في كتاب العيوب (والثانى) اليبس وهو قول ابن القاسم فى المدونة (والثالث) الجداد وهو قول أشهب في كتاب العيوب. وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما التفليس فالمنصوص لهم فيه قول واحد أنه أحق بها مالم تجد فان جد كان أحق بالاصول بما ينوبها من الثمن ويدخل فيه اختلاف بالمعنى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما الوجه الثالث وهو ان يكون فى النخل يوم الابتياع ثمرة قد أزهت وطابت فانه فى الاستحقاق أحق بها وان جدت فان كانت قائمة أخذها وان أكلها غرم المكيلة ان عرفت أو القيمة ان جهلت وان باعها وكانت قائمة بيد المبتاع كان له ان يأخذها أو يجيز البيع ويأخذ الثمن فان تلفت بيد المبتاع فليس له الا الثمن قاله في كتاب ابن المواز وهذا على القول بانها لاتصير غلةللمبتاع الا باليبس أو الجداد واما على القول الذي يرى انها تصير له غلة بالطياب فلا حق له فيها اذا ازهت عند البائع لانها قد صارت له غلة بالطياب ويأخذ المستحق النخل وحدها ويرجع المستحق منه على البائع بما ينوبها فى الثمن ويسقط عنه ماناب الثمرة لبقائها بيده الا ان يكون اشتراؤه اياها من غاصب أو مشتر اشتراها بعد الابار على مذهب ابن القاسم وأما في الشفعة فان الشفيع أحق بها مالم تجد ويغرم السقى والعلاج قاله ابن القاسم فى المدونة وله فيها اذا اشتراها مع الاصول قبل الطياب أو اشتراها دون الاصول بعد الطياب انه أحق بها بالشفعة مالم تيبس فقيل انه فرق بين المسئلتين والصواب ان ذلك اختلاف من القول وأما فى التفليس فالبائع أحق بالنخل والثمرة وان جدت ما كانت قائمة كمشترى سلعتين يفلس وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما صوف الغنم فان تولد عند المشتري فجزه فهو غلة له في الرد بالعيب والاستحقاق وأخذ البائع لها في التفليس سوى الصوف ولو جزه المبتاع بعد ان اطلع على العيب لكان جزه له رضاء بالعيب وكذلك لو اشتراها وعليها صوف قد كمل وتم على مذهب أشهب لانه عنده تبع للغنم في دخوله في الصفقة دون اشتراط أصله اذا اشتري النخل بثمرتها قبل الابار بخلاف ما اذا كانت الثمرة قد طابت ولا يلزمه على هذا الا أن تكون الثمرة غلة اذا اشتراها مع الاصول قبل الطياب وقد أبرت لأنها مالم تطب فهي عنده تبع للاصول اذ لايجوز بيعها منفردة دونه الا على الجد خلاف ما اذا طابت وأما ابن القاسم فذهب الى أن الغنم اذا كان عليها يوم الشراء صوف قد تم وكمل فليس بغلة له وان جده ويرد في العيب ان كان قائما أو مثله ان كان فائتا وكذلك في الاستحقاق يأخذه المستحق ان كان قائما أو مثله ان كان قد استهلك المبتاع أو الثمن ان كان باعه وكذلك في التفليس يكون البائع أحق به وان جزه المفلس ما كان قائما فان فات أخذ الغنم بما ينوبها من الثمن وحاص الغرماء بما ينوب الصوف وان شاء تركه وحاص الغرماء بجميع دينه وقول ابن القاسم إن الغنم اذا كان عليها صوف قد كمل وتم يوم الشراء انه ليس بتبع للغنم وقد وقع عليه قسطه من الثمن قال وان كان دخلا في الصفقة دون اشتراط أظهر من قول أشهب أصله اذا اشترى الارض وفيها نخل انها تدخل في الصفقة دون اشتراط ولا يحكم لها بحكم البيع ان قطعها البائع أو ذهبت بجائحة في حكم الرد بالعيب والاستحقاق وأخذ البائع لها في . التفليس وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب المرابحة ﴾

﴿فصل﴾ في تقسيم أجناس البيوع والبيوع تنقسم على أربعة أقسام بيع مرابحة وبيع مكايسة وبيع مزايدة وبيع استئنابة واسترسال وقال ابن حبيب الاسترسال انما يكون في الشراء دون البيع وليس ذلك بصحيح اذ لا فرق في ذلك بين البيع والشراء وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاما بيع المرابحة فانه على وجهين أحدهما ربح مسمى على جملة الثمن (والثاني) أن يربحه بالدرهم درهما وللدرهم نصف درهم وللعشرة أحد عشر أو أقل أو أكثر على ما يتفقان عليه من الاجزاء فاما اذا باعه على أن يربحه للدرهم درهما أو للدرهم نصف درهم أو للعشرة أحد عشر وما أشبه ذلك فان كان في السلعة المبيعة ماله عين قائمة كالصبغ والكمد والفتل وما أشبه ذلك فانه بمنزلة الثمن ويحسب له الربح واما ما ليس له عين قائمة فانه على وجهين أحدهما مايختص بالمتاع والثاني مالا يختص به فأما ما لا يختص بالمتاع فانه لا يحسب في أصل الثمن ولا يحسب له ربح وذلك كنفقته وكراء ركوبه وكراء بيته وان خزن المتاع فيه لان العادة جارية أن يخزن الرجل متاعه في بيت سكناه واما ما يختص بالمتاع فانه ينقسم أيضاً على وجهين أحدهما مايتولاه التاجر بنفسه ولا يستأجر عليه غالبا كشراء المتاع وشده وطيه وما أشبه ذلك والثاني ان يكون مما يستأجر عليه غالبا ولا يتولاه التاجر بنفسه فأما ماجرت العادة أن يتولاه التاجر بنفسه غالبا كطي المتاع وشرائه وشده فاستأجر عليه فانه لا يحسب في رأس المال لان المبتاع يقول له لا يلزمني ذلك لانك انما استأجرت من ينوب عنك فيما جرت العادة أن تتولاه بنفسك فلا يجب علي في ذلك شيء واما ما يستأجر عليه غالبا ولا يتولاه بنفسه كحمل المتاع ونفقة الرقيق وما أشبه ذلك فانه يحسب في أصل الثمن ولا يحسب له ربح لانه ليس له عين قائمة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ فيجب على هذا اذا اشترى المبتاع مايعلم أنه لايشتريه الا بواسطة وسمسار تجرى العادة أو أكترى منه مخزنا ليخزن فيه المتاع ولولا ذلك لم يحتج اليه أن يحسب في أصل الثمن ولايحسب له الربح وقد رأيت ذلك لبعض أهل العلم وهذا اذا بين هذه الاشياء كلها فقال اشتريت هذه السلعة بكذا وصبغتها بكذا واكريت عليها بكذا واعطيت عليها السمسار كذا فابيعها بربح للعشرة أحد عشر فحينئذ يكون العمل على هذا وينظر الى ماسمى مماله عين قائمة فيحسب ويحسب له الربح ومالم تكن له عين قائمة الا انه يختص بالمتاع ولا يتولاه التاجر بنفسه فانه يحسب ولايحسب له ربح وان كان يتولاه التاجر بنفسه أو لا يختص بالمتاع فانه لا يحسب رأسا ولايحسب له ربح الا ان يشترط البائع ان يربحه على ذلك كله بعد ان يسميه ويبينه فيجوز ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وأما ان قال قامت على هذه السلعة بكذا وكذا وابيعها بربح للعشرة احد عشر وماأشبه ذلك ولم يبين هذه الاشياء فالعقد على هذا فاسد لان المشتري لايدرى كم رأس المال الذي يجب له الربح وكم أضيف اليه مما يحسب ولايحسب له ربح ومالا يحسب رأسا ولايحسب له ربح وهذا جهل بين في الثمن وقد قال في كتاب ابن المواز انه يعمل في هذا على ماذكرناه مما يحسب أو لا يحسب ومايكون له ربح مما لا يكون له ربح وهو ظاهر قول سحنون في العتبية في نوازله منها وهو بعيد والصواب ما قدمناه وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿فصل﴾ وأما الوجه الثاني من وجوه المرابحة وهو ربح مسمي على جملة الثمن فان سمي أيضاً مااشتراها به وما انفق عليها مما له عين قائمة ومما ليس له عين قائمة مما يحسب أو لا يحسب جاز البيع وخرج عن المبتاع ما لا يحسب رأسا كنفقته وكراء بيته وما أشبه ذلك الا أن يشترطا أن يحسب ذلك فيجوز وكذلك ان قال قامت على هذه السلعة بكذا على قياس ما في المدونة وظاهر كلام سحنون في نوازله والقياس ان العقد على هذا فاسد على مابيناه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويلزمه أيضا فيما له عين قائمة كالصبغ والكمد والفتل ان يبينه فيقول اشتريت بكذا وكذا وصبغت بكذا وكذا في الوجهين جميعا باع بربح مسمى على جملة الثمن او للعشرة احد عشر فان لم يفعل وقال شراء هذه السلعة بعشرة وقد كان اشتراها بخمسة وصبغها بخمسة فالمشترى بالخيار ان كانت السلعة قائمة بين ان يأخذ بالثمن أو يردها وان فاتت مضت بجميع الثمن ولم ترد الى القيمة هذا قول سحنون في العتبية وقد كان القياس اذا خيره في القيام ان يرده في الفوات الى القيمة ان كانت أقل من الثمن على مذهب ابن القاسم في مسائل الغش والخديعة أو القيمة على مذهب سحنون يوم قبضها ما لم تكن أكثر من الثمن الذي اشتراها به أو أقل من قيمتها يوم ابتاعها على أصل مذهبه في مسائل المرابحة وذهب أبو اسحاق التونسى الى انه ليس عليه ان يبين ذلك كسلعتين باعهما مرابحة صفقة واحدة وقد كان اشتراهما في صفقتين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز في بيع المرابحة ان يكتم البائع من أمر سلعته ماإذا ذكره كان أوكس للثمن أو اكره للمبتاع لان ذلك من أكل المال بالباطل الذى نهي الله عنه وحرمه ومن الغش والخديعة والخلابة المنهي عنه في السنة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فيلزم من باع مرابحة ان يبين ماعقد عليه ومانقد وان كان اشتراها بنقد أو الى أجل أو في أي زمن اشتراها لان التجار على الطرى أحرص وهم فيه أرغب وان كان تجوز عنه في الثمن أو أخر به أو بشئ منه وان كان حدث بها عيب عنده أن يبين به وان عنده حدث وما أشبه ذلك من الاشياء حتي يعلم المبتاع من أمر السلعة ما علم منها البائع فان لم يفعل وكتم شيئاً من ذلك فلا يخلو ما كتمه من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون ذلك من باب الكذب في الثمن والزيادة فيه (والثانى) أن يكون من باب الغش والخديعة (والثالث) أن يكون من باب التدليس بالعيب ولكل وجه من هذه الوجوه حكم يختص به وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فأما من باع مرابحة وزاد في الثمن فحكمه أن المبتاع فى قيام السلعة بالخيار أن يمسك بجميع الثمن أو يرد الا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه البيع فان فاتت وأبي البائع أن يحط عنه الزيادة ونوبها من الربح كان للبائع القيمة الا أن تكون أكثر من الثمن الذى باع به فلا يزاد عليه أو أقل من الثمن الصحيح وماينوبه من الربح فلا ينقص المبتاع منه شيئاً وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأمامن باع مرابحة وخدع المبتاع وغشه فان كتمه من أمر سلعته مايكرهه ولم يزد عليه في الثمن ولادلس به بعيب فحكمه ان يكون المبتاع في قيام السلعة بالخيار بين أن يمسك بجميع الثمن أو يرد وليس للبائع أن يلزمه اياها وان حط عنه بعض الثمن وان كانت فاتت كان فيها الاقل من القيمة أو الثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فعلى هذه الثلاثةالوجوه يجري حكم المرابحة كلها على مذهب ابن القاسم الا في مسئلتين شذتا له عن هذا الاصل فلم يحكم فيها بحكم الكذب فى بيع المرابحة ولا بحكم الغش والخديعة ولا بحكم العيب (احداها) من باع مرابحة وحسب ما لا يحسب أوربح مايحسب ولايحسب له ربح (والثانية) من باع مرابحة على ماعقد عليه ولم يبين مانقدواما سحنون فوافق قول ابن القاسم فى الوجهين وخالفه فى الثالث وافقه فى حكم التدليس بالعيب وفى حكم الكذب وخالفه فى حكم الغش والخديعةلان الغش والخديعةعنده في المرابحة على قسمين (أحدهما)أن لايكون للغش والخديعة تأثير فى زيادة الثمن (والثاني) أن يكون له تأثير فى زيادة الثمن فيوافق فيه قول ابن القاسم وذلك مثل ان يرث السلعة أو توهب له فيبيعها مرابحة ومثل أن يشتري السلعة فتطول اقامتها عنده ولا تحول أسواقها وما أشبه ذلك وأما ماله تأثير فى زيادة الثمن فخالف فيه ابن القاسم ورده الى حكم الكذب في القيام والفوات وذلك مثل أن يشترى السلعة بثمن الى أجل فيبيعها مرابحة بذلك الثمن لم يزد فيها فيتهم البائع فى انه قدوضع على أحد الثوبين من الثمن أكثر مما ينوبه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق .

﴿ فصل ﴾ فان اجتمع على مذهبه الغشان جميعا غش له تأثير في زيادة الثمن مثل أن يشترى السلعة فتطول اقامتها عنده وتحول أسواقها بنقصان فانه يوافق ابن القاسم في قيام السلعة لان البائع ان أراد أن يلزم المبتاع السلعة بأن يحط عنه من ثمنها ما قابل الكذب ونوبه من الربح احتج عليه بطول الاقامة ويخالفه ان فاتت السلعة فيحكم لها بحكم الكذب ووجه العمل فى ذلك أن تقوم السلعة يوم باعها مرابحة فتكون تلك القيمة هو الثمن الصحيح ثم تقوم يوم قبضها ان تأخر قبضها مرابحة فينظر مابين القيمتين من أجل حوالة الاسواق ويحط ذلك الجزء من الثمن وربحه فما بقي كان هو الثمن الصحيح الذي لا ينقص منه ان كانت القيمة أقل وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وقد يجتمع في مسئلة واحدة التدليس بالعيب والغش والخديعة والكذب فينظر فى ذلك كله على مذهب ابن القاسم ويكون للمبتاع المطالبة بأي ذلك شاء مما هو أنفع له وقد يجتمع أيضاً الثلاثة الاشياء فى مسئلة واحدة التدليس والزيادة فى الثمن والغش والخديعة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فأما اذا اجتمع فى مسئلة واحدة التدليس بالعيب والكذب فى الثمن فان ذلك لا يخلو من خمسة أحوال (أحدها) أن تكون السلعة قائمة لم تفت بوجه من من وجوه الفوت (والثانية) أن تكون السلعة قد فاتت بحوالة أسواق أو نقص يسير (والثالثة) ان تكون فاتت ببيع (والرابعة) ان تكون فاتت بالعيوب المفسدة (والخامسة) أن تكون فاتت بذهاب عينها أو مايقوم مقام ذهاب العين من العتق والكتابة والتدبير والصدقة والهبة لغير الثواب وما أشبه ذلك مثال ذلك ان يشتري الرجل السلعة فيحدث بها عنده عيب أو تكون جارية فيزوجها ثم يبيعها مرابحة بجميع الثمن الذي اشتراها به ولا يبين العيب الذى حدث عنده ولا ان لها زوجا ان كان زوجها لانه قد زاد في ثمنها مانقص العيب من قيمتها فان كانت على الحال الأولى لم تفت بوجه من وجوه الفوت لم يكن للمشتري المطالبة الا بحكم العيب فكان مخيراً بين

أن يمسك ولاشئ له أو يرد ولا شئ عليه ويكون للبائع ان يلزمه اياها وان حط عنه الكذب وهو قيمة العيب وما ينوبه من الربح لان من حجته ان يرضي بالعيب وأما ان كانت على الحال الثانيـة فقد فاتت بحوالة سوق أو نقص يسير فالمبتاع مخير بين ان يطالب بحكم العيب فيمسكها ولا شيء له أو يردها ولاشئ عليه اذلا يفيت ردها بالعيب حوالة الاسـواق ولا النقص ليسير وليس للبائع ان يلزمـه اياها بأن يحط عنه الكذب وهو قيمة العيب وما ينوبه من الربح اذ ليس له ان يلزمه العيب وليس له أن يطالب بحكم الكذب ويرضى بالعيب اذ قد فاتت في حكم الكذب فان اختار ذلك كان وجه العمل فيـه ان تعرف ما نقص التزويج من الثمن الذي اشتراها به البائع يوم اشتراها وذلك ان تقوم يومئذ معيبة وغير معيبة فما كان بين القيمتين حط ذلك المقدار من الثمن فما بقي منه كان ذلك هو الثمن الصحيح ثم تقوم يوم ابتاعها أو يوم قبضها على الاختلاف في ذلك فيكون على المبتاع تلك القيمة الا أن تكون أقل من الثمن الصحيح فلا ينقص البائع عليـه شيئا وأما ان كانت على الحال الثالثـة من فواتها بالبيع فليس للمشتري المطالبة الا بحكم الكذب اذ لا رجوع للمشتري في العيب بشيء بعد البيع على مذهب ابن القاسم ويعمل في ذلك على ما بيناه من وجـه العمل فيـه وأما ان كانت على الحال الرابعة من فواتها بالعيوب المفسدة فله المطالبة بأي الوجهين شاء ويكون مخيراً في ثلاثة أوجه (أحـدها) أن يرد ويرد ما نقصها العيب الحادث عنده (والثاني) أن يرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح (والثـالث) أن يرضى بالعيب ويطالب بحكم الكذب فتكون عليه القيمة الا أن تكون أكثر من الثمن الذى ابتاعها به فلا يكون عليه أكثر منه لانه هو يطالب الفضل قبل البائع أو تكون القيمة أقل من الثمن الذى اشتراها به البائع بعد طرح قيمة العيب من ذلك وما ينوبه من الربح يوم ابتاعها البائع على ما تقدم من العمل والتفسير وأما ان كانت على الحال الخامسة اما ذهاب عينها أو ما يقوم مقـامه من عتق وصـدقة وشـبههما فله مطالبته بأي الوجهين شاء اما بالعيب ويرجع بقيمته وما ينوبه من الربح واما بالكذب فتكون عليه القيمة ما لم تكن أقل أو

أكثر على ما فسرناه وقد وقع في المدونة في هذا الوجه كلام طويل واختلاف في الرواية يرجع الكلام على الرواية الواحدة اذا حملته على ظاهره أن المبتاع يرجع على البائع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح على حكم التدليس بالعيب بانفراده وعلى هذه الرواية اختصر المسئلة ابن أبي زمنين وهي جل الروايات وعلى الرواية الثانية جعل الحكم في المسئلة حكم الكذب في الثمن بانفراده وهو الاظهر من مراد ابن القاسم في قصده لانه لو قصد الى حكم العيب بانفراده لقال يرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح فاستغني عن التطويل في ذكر القيمة واعتبارها بما اذا حصل لم يرجع الى معنى فيه فائدة وهذا كله فيه نظر والصحيح ماذكره بعد ونعتمد عليه من التأويل ان شاء الله تعالى لان الرجوع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح أفضل للمشتري في هذه المسئلة فاذا كان ذلك أفضل له فمن حقه أن يطالب به على مذهب ابن القاسم لأن العتق والتدبير والصدقة على مذهبه فوت يوجب للمبتاع الرجوع بقيمته فهذه الرواية على هذا التأويل نصاً هي رواية ابن زياد عن مالك أن من اشترى عبداً فوهبه أو تصدق به فهو فوت ولا رجوع له بقيمة العيب الا أن يتأول أن المعني فيها أنه رضى بالعيب فطالب بحكم الكذب وأما الرواية الأولى فتحمل على ماتأول ابن أبي زمنين أن تكون انما أرجع للمبتاع فيها بقيمة العيب وما ينوبه من الربح على حكم التدليس بالعيب لان ذلك هو أفضل للمشترى وهو بعيد في النظر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ ولو اشتري السلعة معيبة وهو عالم بعيبها ثم باعها مرابحة بأكثر مما اشتراها به وكتم العيب لكان أبين في اجتماع الكذب والتدليس بالعيب ولوجب اذا فاتت السلعة بذهاب عينها أو مايقوم مقام ذهاب العين أن يكون للمشترى المطالبة بالوجهين جميعا فيرجع على البائع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح فلا ينقص المبتاع من ذلك وعلى هذا الوجه ينبغي عندي أن يحمل كلام ابن القاسم في المدونة والثابت في جل الروايات فيصح معناه فالاولى أن يتأول على ابن القاسم في الكتاب أنه رجع في

آخر المسئلة الي التكلم على هذا الوجه وان كان لم يبتدأ الكلام عليه من أن يجعل الكلام لغواً وتكرارا لغير فائدة كما فعل ابن أبي زمنين وبالله سبحانه وتعالي التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما ان اجتمع فى مسئلة واحدة التدليس بالعيب والغش والخديعة فان ذلك لايخلو من خمسة أحوال أحدها أن تكون السلعة قائمة لم تفت بوجه من وجوه الفوت (والثانية) أن تكون قد فاتت ببيع (والثالثة) أن تكون قد فاتت بحوالة أسواق أو نقص يسير (والرابعة) أن تكون قدفاتت بعيوب مفسدة (والخامسة) أن تكون قد فاتت بفوات العين أومايقوم مقام فوات العين مثال ذلك أن يشتري السلعة المعيبة وهو عالم بعيبها فتطول اقامتها عنده ثم يبيعها مرابحة ولا يبين بالعيب ولا بطول الاقامة فان كانت السلعة على الحالة الأولى كان مخيراً بين أن يرده بالعيب والغش والخديعة أو يمسك بجميع الثمن ولم يكن للبائع أن يلزمه اياها بأن يحط عنه بعض الثمن وان كانت على الحال الثانية من فواتها بالبيع فليس له المطالبة الا بحال الغش والخديعة فيكون عليه القيمة ان كانت أقل من الثمن وان كانت على الحال الثالثة كان مخيراً بين أن يرد بالعيب أو يرضى بطلب حكم الغش والخديعة ويرد عليه السلعة او قيمتها ان كانت أقل من الثمن الذي ابتاعها به واما ان كانت على الحال الرابعة كان مخيرا فى ثلاثة أوجه أحدها أن يردها وما نقصها (والثاني) أن يمسك ويرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح (والثالث) أن يرضي بالعيب ويطالب بحكم الغش والخديعة فيرد السلعة الى قيمتها ان كانت أقل من الثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما ان اجتمع في مسئلة واحدة الكذب فى الثمن والغش والخديعة فان ذلك لايخلو من حالين (أحدها) أن تكون السلعة قائمة لم تفت بوجه من وجوه الفوت (والثاني) أن تكون قد فاتت بحوالة سوق أو نماء أو نقصان فان ادعى الاختلاف فى ذلك مثل أن يشترى السلعة بعشرة دنانير فتطول إقامتها عنده فيبيعها بأثنى عشر درهما ولا يبين بطول اقامتها عنده فان كانت السلعة على الحال الاول كان

مخيرا بين أن يمسك أو يرد ولم يكن للبائع أن يلزمه اياها بأن يحط عنه الكذب ونوبه من الربح لانه يحتج عليه بطول الاقامة وهو غش وخديعة وان كانت على الحال الثانية فالمطالبة بحكم الغش والخديعة أفضل له فترد له السلعة الى قيمتها ان كانت القيمة أقل من الثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما اذا اجتمع في مسئلة واحدة التدليس بالعيب والكذب في الثمن والغش والخديعة فان ذلك لا يخلو من خمسة أحوال (أحدها) ان تكون السلعة قائمة لم تفت (والثانية) ان تكون السلعة قد فاتت ببيع (والثالثة) ان تكون قد فاتت بحوالة سوق أو نقص يسير (والرابعة) ان تكون قد فاتت بالعيوب المفسدة (والخامسة) ان تكون قد فاتت بفوات العين أو ما يقوم مقام فواته مثال ذلك ان يشترى الرجل الجارية ولا ولد لها فيزوجها وتلد عنده أولادا ثم يبيعها مرابحة بجميع الثمن الذى اشتراها به دون أولادها ولا يبين ان لها أولادا لان أولادها عيب وطول اقامتها عنده الى ان ولدت الاولاد غش وخديعة وما نقص التزويج والاولاد من قيمتها زيادة في الثمن فان كانت على الحال الاول لم تفت لم يكن للمشتري الا أن يرد ولا شئ عليه أو يمسك ولا شيء له ولا يكون للبائع عليه ان يلزمه اياها بحطيطة شئ من الثمن لانه يحتج عليه بالعيب والغش والخديعة وان كانت على الحال الثانية من فواتها بالبيع فلا شئ للمشترى في العيب والمطالبة بحكم الغش والخديعة أنفع له من المطالبة بحكم الكذب فترد السلعة الى قيمتها ان كانت القيمة أقل من الثمن وان كانت على الحال الثالثة من فواتها بحوالة الاسواق أو النقص اليسير فيكون المشترى مخيرا بين أن يرد بالعيب أو يرضى به فيرد السلعة الى قيمتها ان كانت قيمتها أقل من الثمن على حكم الغش والخديعة لان المطالبة بذلك أفضل من المطالبة بالكذب وان كانت على الحال الرابعة من فواتها بالعيوب المفسدة كان مخيراً في ثلاثة أوجه أحدها أن يرد ويرد ما نقصها العيب الحادث عنده أو يمسك ويرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح أو يرضي بالعيب فترد له السلعة الى قيمتها ان كانت القيمة أقل من الثمن لان المطالبة بالغش والخديعة أفضل

من المطالبة بحكم الكذب فان لم يرد وكان الولد لم يبلغوا حد التفرقة جبر على أن يجمع بينهما في ملك واحد أو يرد البيع وان كانت على الحال الخامسة بفواتها بفوات عينها أو ما يقوم مقامه فيخير بين أن يرجع بقيمة العيب ونوبه من الربح أو يرضي بالعيب فيرد السلعة الى قيمتها ان كانت أقل من الثمن لان المطالبة بالغش والخديعة أفضل من المطالبة بالكذب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في حكم اجتماع التدليس بالعيب والكذب في الثمن والغش والخديعة في مسئلة واحدة حكم اجتماع التدليس بالعيب والغش والخديعة لا يخير من أجل ما بيناه من أن المطالبة للمشترى في حكم الغش والخديعة أنفع له من المطالبة بحكم الكذب وكذلك حكم اجتماع الكذب والغش والخديعة دون الكذب فى القيام والفوات من أجل أن المطالبة بحكم الغش والخديعة أنفع للمشترى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأحكام المرابحة جارية على هذه الوجوه وهي سبعة (أحدها) الكذب فى الثمن بانفراده (والثانى) التدليس بالعيب بانفراده (والثالث) الغش والخديعة بانفراده (والرابع) الكذب والتدليس بالعيب (والخامس) اجتماع الكذب والغش والخديعة (والسادس) اجتماع الغش والخديعة والتدليس بالعيب (والسابع) اجتماع الثلاثة الاشياء الكذب فى الثمن والغش والخديعة والتدليس بالعيب فقف عليها واعرف افتراق أحكامها على ما بيناه وقسمناه فانها مستقصاة صحيحة على أصل ابن القاسم ومذهبه ولم أرها ملخصة لأحد ممن تقدم كهذا التلخيص وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وسحنون يرد بعض مسائل الغش والخديعة الى الكذب ويجعل القيمة فيها كالثمن الصحيح يريد يوم باعها في مثل الذي اشترى السلعة فحالت بنقصان فباع ولم يبين والله أعلم ويوم ابتاعها فى الذى طالت اقامتها عنده وحال سوقها بزيادة فباع ولم يبين ويأتي على مذهبه فى الذي ابتاع سلعة الى أجل أن تكون القيمة يوم باعها

ان نقص سوقها ويوم ابتاعها ان زاد سوقها وفى ذلك كله نظر وقد مضى وجه القياس فى ذلك على مذهبه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان ادعى البائع الغلط فى بيع المرابحة وأتى فى ذلك بما يشبه من رقم بأ كثر مما باعها به واشهاده قوم قاسموه أو ما أشبه ذلك صدق وكان له الرجوع فهذا حكم بيع المرابحة ملخصا وسيأتى مفصلا مفسرا في مواضعه من الكتاب ان شاء الله تعالى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما بيع المكايسة فهو ان يساوم الرجل الرجل في سلعة فيبتاعها منه بما يتفقان عليه من الثمن ثم لا قيام للمبتاع فيها بغبن ولا بغلط على المشهور من الاقوال وقد قيل انه يرجع بالغلط وهو ظاهر ما فى كتاب الا قضية من المدونة وما فى سماع ابن القاسم من جامع العيوب وهى رواية أبي زيد عن ابن القاسم فى الكتاب المذكور فى الذى يشترى ياقوتة وهو يظنها ياقوتة ولا يعرفها البائع ولا المشترى أن البيع يرد خلاف ما في سماع أشهب وأما الغبن وهو الجهل بقيمة المبيع فلا رجوع له فى بيع المساومة وهذا ظاهر مافى سماع ابن القاسم من كتاب الرهون ولا أعرف في المذهب فى ذلك نص خلاف وكان من الشيوخ من يحمل مسئلة سماع أشهب من الكتاب المذكور على الخلاف فى ذلك وليس بصحيح لانها مسئلة لها معنى من أجله أوجب الرد بالغبن فليست بخلاف المشهور في المذهب وبظاهر رواية ابن القاسم عن مالك المذكور وقد حكي بعض البغداديين على المذهب ورواه ابن القصار أنه يجب الرد بالغبن اذا كان أكثر من الثلث فتأمله وقف عليه ان شاء الله وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما بيع المزايدة فهو أن يطلق الرجل سلعة فى النداء ويطلب الزيادة فيها فمن أعطى فيها شيئاً لزمه الا أن يزاد عليه فيبيع البائع من الذى زاد عليه أولا يمضيها له حتى يطول الامد وتمضى أيام الصياح فان أعطى رجلان فيها ثمنا واحداً تشاركا فيها على مذهب ابن القاسم وقيل انها للاول ولا يأخذها غيره الا بالزيادة وهو قول عيسى

ابن دينار في سماعه من كتاب الجعل والاجارة قال وانما يشتركان فيها اذا أعطيا الثمن معا في حال واحدة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما بيع الاستئنابة والاسترسال فهو أن يقول الرجل اشتر مني سلعتي كما تشترى من الناس فانى لا أعلم القيمة فيشترى منه بما يعطيه من الثمن وقال ابن حبيب إن الاسترسال انما يكون في البيع أن يقول الرجل للرجل بع مني كما تبيع من الناس وأما في الشراء فلا ولا فرق بين الشراء والبيع في هذا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

﴿ فصل ﴾ فالبيع والشراء على هذا الوجه جائز الا أن البيع على المكايسة والمماكسة أحب الى أهل العلم وأحسن عندهم والقيام بالغبن في البيع والشراء اذا كان على الاسترسال والاستئنابة واجب باجماع لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم غبن المسترسل ظلم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الاستبراء ﴾

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه القول في حقيقة لفظ الاستبراء الاستبراء هو البحث على الشيء والكشف عنه والوقوف على حقيقته هذا موضوع هذه اللفظة في اللغة الا أنها قد تصرفت عند الفقهاء بالكشف عن حال الارحام ليعلم ان كانت بريئة من الحمل أو مشغولة به وذلك يكون بالحيض الذي كتبه الله على بنات آدم وجعله حفظا للانساب وعلما لبراءة الارحام أو ما يقوم مقام الحيض عند عدمه من الشهور والايام وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل ﴾ واستبراء الاماء في البيع واجب لحفظ النسب كوجوب العدة التي فرضها الله في كتابه وجعلها حداً من حدود عباده قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم سبي أوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يغشي رجلان امرأة في طهر واحد فوجب على كل من انتقل اليه ملك أمة ببيع أو هبة أو ميراث أو وصية أو بأي وجه كان من وجوه الملك ولم يعلم براءة رحمها أن لا يطأها حتى يستبرئها وسواء كانت الامة رفيعة أو وضيعة صغيرة أو كبيرة اذا كانت ممن يوطأ مثلها ولا يؤمن الحمل عليها لصغرها أو كبرها أو كانت الصغيرة ممن يوطأ مثلها فمذهب مالك رحمه الله تعالى وأكثر أصحابه ايجاب الاستبراء فيها وذهب مطرف وابن الماجشون الى أنه لا يجب الاستبراء فيها وجاء ذلك عن جماعة من السلف منهم عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وابن شهاب وأبو الزناد وربيعة وابن هرمز وغيرهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والاستبراء يجب بأربعة أوصاف وهي الملك وأن لا يعلم براءة رحمها وأن يكون الوطء له مباحا في المستقبل بعد الملك وأن لا يكون الفرج حلالا قبل ذلك فتي

الخرم وصف منها لم يجب الاستبراء وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا قلنا هذا فان الاستبراء يحصل بما يغلب على الظن ببراءة الرحم من الحمل وذلك حيضة واحدة فى ذوات الحيض اذ لا يتعلق بها معنى من العبادة ولا حرمة الحرية فيشترط فيه تكرير الحيض كالعدة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما من لا تحيض من صغر أو كبر فاستبراؤها على مذهب مالك رحمه الله تعالى وأصحابه ثلاثة أشهر وقيل شهران وقيل شهر ونصف وقيل شهر واحد وحجة من قال شهر ان الله جعل العدة فى الطلاق ثلاثة قروء وفى ذوات الحيض وفى اليائسة من المحيض والتى لم تحض ثلاثة أشهر فكان اذا كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر شهرا واحدا وهذه حجة من قال استبراؤها شهران فى الشهر الواحد وقال فى الثانى أنه زيد عليها استقصاء للريب وحجة من قال شهر ونصف ان عدة الحرة اليائسة من المحيض أو التى لم تحض ثلاثة أشهر والامة على النصف من الحرة فى عدة الطلاق فشددوا عليها فى البيع فبلغوها فى الاستبراء فيه مبلغ الاستبراء فى الطلاق وهذا كله لا حجة فيه والقول ماقال مالك وأصحابه لان الحمل لا يتبين فى أقل من ثلاثة أشهر والاستبراء انما هو ليعلم براءة الرحم فاذا لم يتبين الحمل فى أقل من ثلاثة أشهر وجب أن لا يحصل الاستبراء بدونها وهذا بين لمن تأمله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان كانت الأمة ممن تحيض فاستحيضت أو ارتفعت حيضتها فروى أشهب وابن وهب عن مالك استبراؤها تسعة أشهر وروى ابن القاسم وابن غانم عنه ثلاثة أشهر اذا نظر اليها النساء فلم يجدن بها حملا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما ان كانت لا تحيض من مرض أو رضاع أو لا تأتيها حيضتها الا من فوق التسعة الاشهر الى مثل ذلك فثلاثة أشهر تبريها من الاستبراء ولا أعلم فى هذا نص خلاف وقد يدخل الخلاف فى بعض هذه الوجوه بالمعنى واختلف قول ابن

القاسم اذا كانت تحيض من فوق الثلاثة الاشهر الى فوق الثلاثة فيما دون التسعة الاشهر هل تستبرأ من الحيض أو تبرأ بالثلاثة الاشهر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان اشتري الرجل أمة فوطئها قبل أن يستبرئها فعليه العقوبة الموجعة مع طرح الشهادة فان حملت فماتت قبل أن تضع وقد كان البائع وطئها في ذلك الطهر فصيبتها منه كان موتها باقل من ستة أشهر من يوم وطئها المشتري أولا كثر منها مابينها وبين ما تلحق به الانساب من الاول وان لم يكن البائع وطئها فى ذلك الطهر فصيبتها من المبتاع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان لم تمت ووضعت فلا يخلو وضعها من أن يكون لاقل من ستة أشهر أولا كثر منها فان كان لاقل من ستة أشهر والبائع مقر بالوطء في ذلك الطهر فالولد ولده والأمة أم ولد له سقطا كان الولد أو تماما حيا كان أوميتا وأما ان كان البائع منكرا للوطء فى ذلك الطهر فالولد ولد الامة لا والد له والمشتري بالخيار ان شاء ان يأخذها وان شاء ان يتركها لان ذلك عيب فيها وهذا اذا ولدته حيا أو ميتا تام الخلقة لا يشبه ان يكون من المشترى وأما ان وضعته سقطا يشبه ان يكون من المشترى فهو منه وهي أم ولد له وأما ان أتت به لستة أشهر فصاعدا قال فى رواية أصبغ عن ابن القاسم أو مقدار نقصانها بالاهلة والبائع مقر بالوطء فى ذلك الطهر فلا يخلو ذلك من وجهين أحدهما ان تكون وضعته حيا والثانى ان تكون وضعته ميتا أو سقطا فأما ان كانت وضعته حيا فانه تدعى له القافة فمن الحقوه به منهما لحق به وكان الامة أم ولد له وهذا اذا لم يدعيا الولد وأما ان ادعياه جميعا فان الأمة تكون معتقة منهما جميعا ويرجع المشتري بنصف الثمن على البائع وأما ان كان ميتا أو سقطا ففي ذلك اختلاف روى أصبغ عن ابن القاسم انه من المبتاع وان الامة أم ولد له وقال يحيي بن سعيد في المدونة يعتق عليهما جميعا والاظهر ان يلحق بالبائع وتكون الامة أم ولد له وأما ان كان البائع منكرا للوطء فالامة أم ولد للمبتاع وولدها لاحق به وقد قيل ان الولد للاول والامة أم ولد منه ان ولدته حيا لا كثر من ستة أشهر ولا تدعى له القافة لان فراش الاول

صحيح وفراش الثاني فاسد وقد قال رسول الله صلى الله عليه سلم الولد للفراش وللعاهر الحجر واجمعوا لهذا الحديث ان الزوجين اذا وطئا في طهر واحد ان الولد للاول وان أتت به لا كثر من ستة أشهر لصحة فراشه ولا فرق بين الموضعين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وان بقيت الامة بيد البائع فوطئها بعد البيع وقبل الاستبراء أو كان المبتاع ائتمنه على استبرائها وهي ممن تجب مواضعتها لرفعتها أو يكون البائع وطئها فانها تكون أم ولد له ويبطل البيع وان كان وطؤه اياها بعد استبرائها وكانت من وحش الرقيق وقد انتقد فانه يحد ولا يلحق به الولد وتكون الامة وولدها للمبتاع واختلف اذا لم ينقد ووطئها وهي عنده محبوسة بالثمن فقال ابن القاسم يدرأ عنه الحد للشبهة ويأخذ المشتري جاريته ويكون على البائع قيمة الولد وقال سحنون تكون له أم ولد ويبطل البيع وبالله سبحانه وتعالى

﴿ فصل ﴾ في معنى المواضعة ووجوبها قد مضى الكلام في الاستبراء وأنه واجب عند الجميع لحفظ النسب كوجوب العدة التي أوجبها الله في كتابه وجعلها حداً من حدود عباده واما المواضعة وهي أن توضع الامة المشتراة على يدي امرأة عدلة حتى تحيض فان حاضت تم البيع فيها للمشتري وان لم تحض والفيت حاملا ردت الى البائع الا أن يشاء المشتري اذ يقبلها ان لم يكن الحمل من البائع فهي واجبة عند مالك رحمه الله تعالى وعامة أصحابه لدفع الغرر والخطر والسلف الذي يجر المنافع ان نقد في الامة الرفيعة التي تراد للوطء وليست بظاهرة الحمل ولا معرضة لحمل يتبعها في البيع كذات الزوج والزانية وفي التي وطئها البائع وان كانت وضيعة وأخصر من هذه العبارة أن تقول ان المواضعة تجب في الامة التي ينقص الحمل من ثمنها كثيرا وفي التي وطئها البائع فيصح بذلك لان الوحش وذات الزوج والزانية لا ينقص الحمل من قيمتها كثيراً والصغيرة لا يخشي منها الحمل اذا كان مثلها لا يوطأ واختلف في التي توطأ ولا يحمل مثلها لصغرها فرأى مالك رحمه الله تعالى فيها المواضعة وقال مطرف وابن الماجشون

لا مواضعة فيها وهو مبني على استبراء من كانت في هذا الحد وقد تقدم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وانما وجبت المواضعة فيمن كانت هذه صفتها من الاماء ولم يكن الحمل ان ظهر بها كسائر مايظهر من العيوب بالمبيع فيكون المشترى مخيرا بين الرد والامساك أو كالجنون والجذام والبرص الذى ان ظهر بالعبد أو الامة فى السنة رد به وجاز البيع من غير مواضعة لان الجنون والجذام والبرص ضرر بين بالمتبايعين واما الحمل في الأمة فليس بنادر بل هو أمر عام وقد قال مالك رحمه الله تعالى جل النساء على الحمل ومدة ايقافها للمواضعة يسيرة لاضرر فى ذلك على المتبايعين وفيه رفع الغرر والخطر وغير ذلك مما لا يجوز من السلف الذى يجر نفعا ان نقد المشترى الثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ والحكم في المواضعة واجب فى كل بلد كانت جارية فيه أو لم تكن ولم يختلف قول مالك رحمه الله في ذلك كما اختلف فى العهدة وكذلك أيضاً يجب عنده على كل أحد كان حاضراً أو مسافراً وقد سئل مالك رحمه الله عن ذلك فى أهل بلدنا وأهل مصر عند الخروج الى الحج فى الغرباء الذين يقدمون فرأى ان يحملوا على ذلك على ما أحبوا أو كرهوا وسواء باع بنقد أو الى أجل كان ممن يطأ أو لا يطأ الا أنه ان باع بنقد لم يجز النقد فى المواضعة بشرط لما قدمناه من أنه يدخل ذلك البيع والسلف الذى يجر منفعة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وقد اختلف في توقيف الثمن في أيام المواضعة هل يحكم به أم لا على قولين وظاهر ما فى كتاب البيوع الفاسدة من المدونة انه يوضع على يدى عدل وهو قول مالك رحمه الله في الواضحة وكتاب ابن عبدوس وقول ابن المواز وفى العتبية لمالك خلاف ذلك وأنه لا يحكم بوضعه على يدى عدل ولا يجب على المشتري اخراج الثمن حتى تجب له الامة بخروجها من الاستبراء وهو ظاهر ما فى كتاب الاستبراء من المدونة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

﴿فصل﴾ وان وضع الثمن على يدي عدل فتلف قبل خروجها من الاستبراء كانت مصيبته ممن كان يصير اليه هذا قول مالك رحمه الله تعالى فى كتاب الاستبراء من المدونة وقيل ان الثمن من المبتاع وروى ذلك عن مالك وعلى قوله هذا عندي ان لم يرد أن يؤدي ثمنا أخذ من عنده واختلف أيضا ان خرجت معيبة فى المواضعة والثمن قد تلف فقيل انه يأخذها بالثمن التالف وقيل ليس ذلك له الا بثمن آخر ففرق ابن الماجشون فى ديوانه على مافسر ابن عبدوس عنه بين أن يحدث العيب قبل تلف الثمن أو بعده فقال ان حدث العيب قبل تلف الثمن كان له أن يأخذها معيبة بذلك الثمن التالف لان الخيار قد كان وجب له قبل تلف الثمن فليس يسقط ذلك عنه تلف الثمن وان تلف الثمن قبل حدوث العيب لم يكن له أن يأخذها بذلك الثمن التالف الا بثمن يدفعه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وضمان الامة في هذه المواضعة من البائع والنفقة عليه فيما لحقها من موت أو نقص جسم فهو من البائع وللمبتاع في الموت امساك جميع الثمن ان كان لم يخرجه وارتجاعه ان كان أخرجه وله فيما كان من نقص فى جسدها كالزنا والسرقة وشرب الخمر وما أشبه ذلك لجمهور أصحاب مالك رحمه الله تعالى على أن له الرد بذلك وحكي ابن حبيب عن أصبغ أنه لا يردها به وجه قول الجمهور ان هذا عيب لو كان أقدم من أمد التبايع لردت به فاذا حدث فى مدة المواضعة كان له الرد به كنقص الجسم ووجه قول أصبغ أن مثل هذا يمنع البائع بيعها أبداً لانها متى أرادت البقاء عنده فعلت مثل هذا في مدة المواضعة فترد عليه وما كان بهذه الصفة وجب أن يمنع منه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ وما حدث لها من مال بهبة أو ما أشبهها فهو للبائع الا أن يكون المشترى اشترط مالها فى البيع فيكون ما حدث لها في المواضعة تبع لمالها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ وأما ما حدث لها من ولد فقال ابن القاسم هو للمبتاع لانه كعضو منها فاصله

نماء الجسم وقال أشهب هو للبائع ووجه قوله أنه نماء منفصل عنها فى مدة المواضعة أصله نماء المال وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان اشترط البراءة من الحمل فى الرفيعة فالبيع فاسد والمصيبة فيها من المشتري ان تلفت بعد قبضه لها لحكم البيوع الفاسدة وذلك بعد خروجها من عهدة الثلاث والله أعلم هذا هو المشهور من قول مالك وأصحابه رحمهم الله وقيل الشرط باطل والبيع جائز وهذا القول فى كتاب محمد رحمه الله وقال محمد بن عبد الحكم الشرط جائز والبيع جائز قياسا على ما رجع اليه مالك من اجازة البراءة من الجنون والجذام والبرص بعد ان كان يقول لا تجوز البراءة فيما يعظم من الاشياء وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما ان باعها بشرط ترك المواضعة فالبيع جائز والشرط باطل ويحكم بينهما بالمواضعة وتخرج من يد المشتري الى المواضعة فان تلفت بيد المشتري قبل أن يعثر على ذلك فيما يكون لها استبراء من المدة ما يستبرأ فيه فماتت كان ضمانها من البائع هذا قول مالك رحمه الله في المدونة ومثله حكى ابن حبيب فى الواضحة وفى المبسوط لاسماعيل القاضى عن مالك رحمهما الله أن المصيبة من المشترى ان كان تلفها عنده بعد انقضاء عهدة الثلاث فى البيع على هذا الوجه وجه هذا القول أن هذا الشرط لا يفسد البيع فيعمل ما لم يحكم بنقضه ووجه القول الاول أن الشرط فاسد يجب الحكم بفسخه فلا يجب إعماله قبل الفسخ وقد قال أبو بكر الابهري إن البيع على شرط ترك المواضعة فاسد ومثله فى كتاب ابن المواز في قول وهو على مذهب ابن عبد الحكم بيع جائز وشرط لازم وأما ان دفعها الى المشتري جهلا بصفة المواضعة ولم يشترط اسقاطها فالبيع جائز باتفاق وتخرج الى المواضعة

﴿ فصل ﴾ فان أراد المبتاع بعد ان اشترى على المواضعة وصح عقد البيع ان يسقط المواضعة ويرضى بالامة وان كانت حاملا كان ذلك له عند ابن القاسم وان كره البائع وقال سحنون لا يجوز ووجه قوله انه أسقط الضمان عن البائع على ان يتعجل خدمة

الجارية ويدخله على مذهب سحنون سلف جر منفعة لانه عجل له النقد بما تعجل من منفعة الجارية وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والمواضعة بما يحصل به الاستبراء قد تقدم الكلام على ذلك فان اشتراها فى أول دمها أجزأته تلك الحيضة في المواضعة وان كانت فى آخر دمها لم يجزه ذلك واستقبل المواضعة فى الحيضة الثانية ووجه ذلك ان الرحم فى أول الحيض لا يقبل المنى لما فيه من الدم وفى آخره قد يقبله لقلة الدم وقيل انه لا بد من حيضة مستقبلة كالمعتدة لا تعتد الا بالطهر حكى هذا القول ابن شعبان فى الزاهر واختاره وأخذ به وحكاه الفضل عن مالك من رواية أشهب عنه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والمواضعة فى الاستقالة واجبة اذا استقاله بعد ان خرجت من الحيضة لان الاقالة بيع حادث واختلف فى الرد بالعيب هل تجب فيه المواضعة أم لا فاني لا أعرف فى هذه المسئلة نصاً لاصحابنا وهى محتملة لان النكاح طريقه المكارمة ويجوز فيه من الغرر ما لا يجوز في البيوع وايجاب المواضعة فيها أظهر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب التجارة الى أرض الحرب ﴾

﴿ فصل ﴾ ما جاء في التجارة الى أرض الحرب ووجه الكراهة فى ذلك عند أهل العلم كره مالك رحمه الله الخروج الى بلاد الحرب للتجارة في البر والبحر كراهية شديدة قال فى سماع ابن القاسم وقد سئل مالك رحمه الله عن ذلك فقال قد جعل الله لكل نفس اجلا تبلغه ورزقا تنفده وهو يجري عليه أحكامهم فلا أري ذلك واصل الكراهية لذلك أن الله تعالى أوجب الهجرة على من أسلم ببلاد الكفر الى بلاد المسلمين حيث تجري عليه أحكامهم وقال تعالى والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولا يتهم من شيء حتي يهاجروا وقال تعالى ان الذين توفيهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين فى الارض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فاولئك مأويهم جهنم وساءت مصيرا نزلت هذه الآية فيما قال ابن عباس وغيره من أهل التأويل والتفسير فى قوم من أهل مكة كانوا قد أسلموا وآمنوا بالله ورسوله فتخلفوا عن الهجرة معه حين هاجر فعرض على الفتنة فافتتن وشهد مع المشركين حرب المسلمين فأبى الله قبول معذرتهم التى اعتذروا بها حيث يقول خبرا عنهم كنا مستضعفين فى الارض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها أى فتتركوا هؤلاء الذين يستضعفونكم فاولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا ثم أنزل الله تعالى عذر أهل الصدق فقال الا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا أى يهتدون سبيلا يتوجهون اليه لوخرجوا الهلكوا فاولئك عسي الله ان يعفو عنهم يعنى فى اقامتهم بين ظهرانى المشركين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وكانت الهجرة الى النبي صلى الله عليه وسلم قبل فتح مكة على من أسلم من أهلها واجبة مؤبدة افترض الله عليهم فيها البقاء مع رسوله عليه السلام حيث

استقر والتحول معه حيث تحول لنصرته وموازرته وصحبته وليحفظوا عنه مايشرعه لأمته ويبلغوا ذلك عنه اليهم ولم يرخص لاحـد منهم فى الرجوع الى وطنـه وترك رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا ترى رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال فى حجة الوداع لايقيمن مهاجر بمكة بعد قضاء نسكه فوق ثلاث خص الله بهـذا من آمن من أهل مكة بالنبي صلى الله عليه وسلم وهاجر اليه ليتم له بالهجرة اليـه والمقام معه وترك العودة الى الوطن الغاية من الفضل الذي سبق فى سابق علمه وهم الذين سماهم الله بالمهاجرين ومدحهم بذلك فلا ينطلق هذا الاسم على أحـد سواهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصـل ﴾ فلما فتح الله مكة قال رسول الله صـلي الله عليـه وسـلم مضت الهجرة لاهلها أى فازوا بها وحصلوا عليها وانفردوا بفضلها دون من بعدهم وقال صلى الله عليه وسـلم لاهجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية فاذا استنفرتم فانفروا أي لا يبتدئ أحد من أهل مكة ولا غيرهم هجرة بعد الفتح فينال بذلك درجـة من هاجر قبـل الفتح ويستحق أن يسمي باسمهـم ويلحق بجملتهم لان فرض الهجرة ماسـقط بل الهجرة باقية لازمة الى يوم القيامة واجب باجماع من المسلمين على من أسلم بدار الكفر أن لا يقيم بها حيث تجرى عليه أحكام المشركين وأن يهاجر ويلحق بدار المسلمين حيث تجرى عليه أحكامهم قال رسول الله صـلى الله عليه وسـلم أنا بريء من كل مسـلم مقيم مع المشركين الا أن هذه الهجرة لايحرم على المهاجر بها الرجوع الى وطنـه ان عاد دار ايمان واسلام كما حرم على المهاجرين من أصحاب رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم الرجوع الى مكة للذى ذخره الله لهم من الفضل في ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فاذا وجب بالكتاب والسنة واجماع الامة على من أسلم ببلد الحرب أن يهاجر ويلحق بدار المسلمين ولا يثوي بين المشركين ويقيم بين أظهرهم لئلا تجرى عليه أحكامهم فكيف يباح لاحد الدخول الى بلادهم حيث تجرى عليه أحكامهم في

تجارة أو غيرها وقد كره مالك رحمه الله تعالى أن يسكن أحد ببلد يسب فيه السلف فكيف ببلد يكفر فيه بالرحمن وتعبد فيه من دونه الاوثان لاتستقر نفس أحد على هذا الا وهو مسلم سوء مريض الايمان ولا يجوز لاحد من المسلمين دخول دار الشرك لتجارة ولا لغيرها الا لمفاداة مسلم فان دخله لغير ذلك طائعا غير مكره كان جرحه فيه تسقط إمامته وشهادته قال ذلك سحنون وينبغي ان يحمل ذلك على التفسير لما في كتاب الولاء والمواريث من المدونة من اجازة شهادتهم لاحتمال أن يكونوا لم يدخلوها طائعين أو ردتهم الريح اليها وهم يريدون غيرها وان تكلم على انهم دخلوها طائعين فلعله أجاز شهادتهم بعد ان تابوا وظهر صلاحهم وهذا محتمل يتناول قوله صلى الله عليه وسلم لانه يبعد أن تجاز شهادة من سافر الى أرض الحرب للتجارة وطلب الدنيا وهو عارف بأن ذلك لايجوز له وان احكام الشرك تجري عليه وبما هو أدنى من هذا يجرح الشاهد وتسقط شهادته وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فواجب على والى المسلمين أن يمنع من الدخول الى أرض الحرب للتجارة ويضع المراصد في الطرق والمسالح لذلك حتي لايجد أحد السبيل الى ذلك لا سيما ان خشي أن يحمل اليهم مالا يحل بيعه منهم مما هو قوة على أهل الاسلام لاستعانتهم به في حروبهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما مبايعة أهل الحرب ومتاجرتهم اذا قدموا بأمان فذلك جائز روى عن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضى الله عنه انه قال بينما نحن عند رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاء رجل مشعان مشدان طويل بغنم يسوقها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أبيعا أم عطية أم هبة فقال بل بيع فاشترى صلى الله عليه وسلم منها شاة بوب البخارى رحمه الله تعالى لهذا الحديث باب البيع والشراء من المشركين وأهل الحرب وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ الا انه لا يجوز ان يباعوا شيئا مما يستعينون به في حروبهم من كراع أو سلاح أو حديد ولا شيئا مما يرهبون به المسلمين في قتالهم مثل الرايات وما يلبسون

فى حروبهم من الثياب فيباهون بها المسلمين وكذلك النحاس لانهم يعملون منه الطبول فيرهبون بها المسلمين ولا يجوز أن يباع منهم العبد النصرانى لانه يكون دليلا على المسلمين وعورة عليهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وانما يجوز أن يباع منهم من العروض مالا يتقوى به في الحرب ولا يرهب به فى القتال ومن الكسوة مايقى الحر والبرد لا أكثر ومن الطعام مالا يتقوت به من الزيت والملح وما أشبه ذلك وقد اختلف فيما يتزينون به فى كنائسهم وأعلامهم من الثياب فهل يجوز أن يباع منهم ذلك أم لا على قولين فى سماع ابن القاسم من كتاب الجهاد تخفيف ذلك وحكى ابن المزين عن أصبغ ان ذلك لايجوز وجائز أن يعطوا ذلك فى فداء المسلمين باتفاق وكذلك الخيل والسلاح اذا لم يقبلوا في الفداء غير ذلك فلا بأس أن يفادي بها قال ابن حبيب مثل الرجل والرجلين والشئ بعد الشئ فى الفرط واما الشئ الكثير الذي تكون فيه القوة الظاهرة فى المدد الكثير فلا يجوز واجاز ذلك سحنون اذا لم يرج فداؤه بالمال وذلك ما كان الاسير فى بلادهم واما ان قدموا بامان للفداء فلا يفادى منهم بالسلاح فان أبوا الا ذلك أخذ منه بالقيمة صاغرا قمئا ولم يترك ليرجع به الى بلده قال ذلك ابن حبيب فى الواضحة وانظر هل يأتى هذا على مذهب ابن القاسم أم لا فان مذهبه ان من أسلم من عبيده لا يباعون عليهم ويتركون للرجوع بهم الى بلادهم وقد اختلفت الروايات عن ابن القاسم فى هذا في العتبية وجائز ان يفادى منهم المسلمون بالعبد النصرانى وبأم ولد المسلم النصرانية قال ابن أبي زيد على أن لا يسترقوها وبالذمى على شرط أيضاً أن لا يسترق قاله سحنون فاما مفاداتهم بالخمر والخنازير فقال أشهب فى العتبية لايجوز لانه لايحل الدخول فى نافلة من الخير بمعصية وأجاز ذلك سحنون قال لانها ضرورة وقد روي عن ابن القاسم ان ذلك أخف من الخيل والسلاح يريد لما على المسلمين من الضرر فى فدائهم بالخيل والسلاح وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وجائز لنا أن نشتري أولادهم منهم وأمهات أولادهم اذا لم يكن بيننا

وبينهم هدنة تمنعنا من ذلك وأما ما قدموا به من أموال المسلمين التي حازوا فى أوان حربهم فقال فى المدونة لا أحب اشتراء ذلك منهم وقال محمد بن المواز لا بأس بشراء ذلك منهم فان جاء صاحبه كان له أخذه بالثمن قال واشتراء العبد المسلم منهم اذا باعوه أفضل من تركه وكذلك الامتعة عندي وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وكذلك معاملة أهل الذمة جائزة أيضاً وان كانوا يستحلون بيع الخمر والخنازير ويعملون بالربا كما قال الله تعالى عنهم وأخذهم الربا وقد نهوا عنه لان الله تبارك وتعالى قد أباح أخذ الجزية منهم وقد علم ما يفعلون وما يأتون وما يذرون ولو أنهم لو أسلموا لاحرزوا بأسلامهم ما بأيديهم من الربا ومن الخمر والخنازير لقول الله وجل فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم على شئ فهو له الا أن مالكا رحمه الله كره أن يباع منهم بالدنانير والدراهم المنقوشة لما فيها من اسم الله تعالى وكره أيضاً أن يبيع الرجل من الذمى سلعة بدينار أو درهم يعلم أنه أخذه فى خمر أو خنزير ولم ير بأسا أن يأخذ ذلك منه فى دين له عليه وهذا على طريق التنزه والتورع وأما فى القياس وما يوجبه النظار فهو جائز لانه ماله وملكه لا يصح لنا نزعه من يده ولو أسلم عليه لساغ له ملكه ولم يكن عليه أن يتنحى عن شئ منه وذلك اذا باع بذلك الدينار الخمر من ذمى وأما ان باعها به من مسلم فهو أشد لان سحنون يري أن يتصدق به على المساكين وان قبضه خلافا لابن القاسم فعلى قول سحنون لا يجوز أن يبيعه بذلك الدينار شيئاً اذا علم أنه ثمن الخمر التى باعها من المسلم الا على تأويل ضعيف وهو ان الدينار لا يتعين للمساكين على مذهب من يري ان العين لا تتعين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف أصحابنا اذا لم يقبض ثمن الخمر والخنازير وكان قد باع ذلك من نصرانى حتى أسلم هل يصح له قبضه بعد اسلامه أم لا على قولين (أحدهما) انه لا يصح له قبضه قياسا على ما كان له من الذى لم يقبضه وهو قول ابن دينار وابن أبى حازم (والثاني) ان يجوز له قبضه بعد اسلامه وهو قول أشهب والمغيرة والمخزومى

وأكثر أصحابنا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وفي هذا خمس مسائل (أحدها) ان يسلم اليه دينارا في دينارين (والثانية) ان يسلم اليه دينارا في دراهم أو دراهم في دينار (والثالثة) ان يبيع خمراً بدنانير أو دراهم (والرابعة) ان يسلم اليه دنانير في خمرا وخنزير (والخامسة) ان يقرضه خمراً أو خنازير فيسلمان جميعا أو أحدهما فالمسئلة الاولى وهي ان يسلم اليه ديناراً في دينارين فان أسلما جميعا أو أسلم الذى سلم الدينار فليس للمسلم الا ديناره الذى دفع لقول الله تعالى وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لاتظلمون ولا تظلمون وأما ان أسلم المسلم اليه فقال مالك في المدونة لا أدرى أخاف ان قضيت عليه برد الدينار أن أظلم الذمي وله في كتاب ابن المواز أنه يغرم الدينارين الى النصرانى ومثله لابن القاسم في سماع عيسى من كتاب التجارة الي أرض الحرب خلاف قوله في المدونة أنه يقضى عليه برد الدينار كما لو أسلما جميعا وأما الثانية وهي أن يسلم اليه ديناراً في دراهم أو دراهم في دينار فان أسلما جميعا رد المسلم اليه ديناره الذى قبض منه أو دراهمه وكذلك ان أسلم أحدهما على مذهب ابن القاسم في المدونة وأما على مذهب مالك رحمه الله تعالى فان أسلم المسلم فتؤخذ الدراهم من النصرانى المسلم اليه فيبتاع فيها للمسلم دينار فان فضل رد على النصرانى وان لم يكن فيها دينار بيع له بها منه مابلغ ولم يكن على النصرانى أكثر من ذلك واما ان أسلم المسلم اليه فيؤدي الدراهم التى عليه للنصراني على رواية عيسى عن ابن القاسم وما في كتاب ابن المواز لانها نظير المسئلة التى توقف فيها مالك رحمه الله تعالى وأما الثالثة وهي أن يسلم اليه ديناراً في خمر أو خنازير فان أسلما جميعا أو اسلم المسلم اليه فانه يرد اليه ديناره وكذلك ان أسلم المسلم على مذهب ابن القاسم في المدونة وأما مالك رحمه الله تعالى فتوقف فيها وقال لاأدرى اخاف ان اظلم الذمى ان قضيت عليه برد الدينار وعليه خمر أو خنازير وله في كتاب ابن المواز ان الخمر تؤخذ من النصراني فتهراق علي المسلم ومثله في سماع عيسي من كتاب التجارة الى أرض الحرب واما الرابعة وهي أن يبيع منه خمراً بدنانير أو دراهم فالثمن ثابت علي المبتاع في كل حال اسلما

جميعا او احدهما في قول اشهب والمخزومي وعلى ذلك يأتي قول ابن القاسم في النكاح الثالث من المدونة وأما ان أسلم المبتاع فعليه أن يؤدى الثمن الى النصراني ولا أعلم في هذا الوجه نص خلاف الا أنه يتخرج فيه على المذهب قولان سوى هذا القول (أحدهما) أن الثمن يبطل عنه (والثانى) أن عليه قيمة الخمر يوم قبضها وانتفع بها وأما الخامسة وهي أن يقرض النصرانى النصرانى الخمر أو الخنازير فان أسلما جميعا سقط القرض وان أسلم المقترض فقيل ان القرض يسقط عنه وهو قول مالك رحمه الله في الواضحة وقيل ان القيمة تلزمه للمقرض وهي رواية عيسي عن ابن القاسم وأما ان أسلم المقرض فقال ابن القاسم في سماع عيسي أحب الىّ أن تؤخذ الخمر من النصرانى فتهراق والخنازير فتطرح وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ فمعاملة الذمي على كل حال أخف من معاملة المربي لان المربي اذا تاب لم يحل له ما أربي فيه ووجب عليه رده الى صاحبه ان عرفه والصدقة به عنه ان لم يعرفه وقد قال أصبغ رحمه الله في مال المربي وعاصر الخمر والغاصب والظالم وتارك الزكاة انه فاسد كله لا يجوز أن يؤكل منه شيء دون شيء ولا يشرب وما لا يؤكل ولا يشرب فلا يجوز أن يباع ولا يشترى وما لا يجوز أن يباع ولا يشترى فلا يبايع به ولا يعامل وان عامله فيه أحد رأيت أن يخرجه كله ويتصدق به وقد قيل ان مبايعة من استغرق الحرام ماله جائزة اذا بايعه بالقيمة ولم يحابه واما هبته وصدقته ومعروفه فلا يجوز لانه كمن استغرق الدين ماله فلا يجوز له فيه معروف الا باذن أهل الدين واما الميراث فلا يطيب المال الحرام الميراث هذا هو الصحيح الذي يوجبه النظر وقد روي عن بعض من تقدم أن الميراث يطيبه للوارث وليس ذلك بصحيح وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ ولا يجوز بين المسلم والذمي في التعامل الا ما يجوز بين المسلمين فان تعاملا بما لا يجوز بين المسلمين لم يخل ذلك من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يبيع منه مالا يجوز بيعه ويجوز ملكه كتراب الصواغين والعبد الآبق والجمل الشارد وما أشبه ذلك (والثاني) أن يبيع منه ما يجوز ملكه وبيعه بيعا فاسدا (والثالث) أن يبيع منه مالا

يجوز ملكه كالخمر والخنزير والحر والدم والميتة وما أشبه ذلك فاما الوجه الاول والثاني فالحكم فيهما اذا وقعا كالحكم فيما بين المسلمين واما الحكم الثالث فالحكم فيه اذا وقع بين المسلم والذمي بخلاف الحكم اذا وقع بين المسلمين في بعض المواضع وبيان ذلك ان المسلم اذا باع الخمر من المسلم أو النصرانى فعثر على ذلك والخمر بيد البائع وقد أبرزها ولم يدفعها الى المشترى كسرت عليه وانتقض البيع وسقط الثمن عن المشتري ان كان لم يدفعه وان كان قد دفعه رد اليه فى قول وتصدق به على المساكين أدبا له فى قول وان لم يعثر على ذلك حتى قبضها المبتاع فقيل انها تكسر على البائع وينتقض البيع ويكون الحكم فى الثمن على ما تقدم من الاختلاف وقيل انها تكسر على المبتاع ويمضي البيع أو يتصدق بالثمن على المساكين قبض أو لم يقبض اذ لا يحل للبائع ولا يصح تركه للمشتري وأما ان لم يعثر على ذلك حتي استهلك المبتاع الخمر فهاهنا يفترق الحكم بين أن يكون المبتاع مسلما أو نصرانيا فان كان مسلما تصدق بالثمن على المساكين قبض أو لم يقبض قولا واحداً وان كان نصرانيا فقيل انه يغرم مثل الخمر وتكسر علي البائع فينتقض البيع ويسقط الثمن عنه ان كان لم يدفعه وان كان قد دفعه ردّ أو تصدق به على المساكين أدبا له على الاختلاف المذكور وقيل انه يمضي البيع ويتصدق بالثمن على المساكين قبض أو لم يقبض وأما اذا باع النصراني خمراً من مسلم فعثر على ذلك والخمر قائمة بيد البائع النصرانى قد أبرزها للمسلم فانها تكسر على البائع وينفسخ البيع ويسقط الثمن عن المبتاع المسلم ان كان لم يدفعه الى البائع وان كان قد دفعه اليه فقيل انه يرد المبتاع وهو قول ابن حبيب في الواضحة وقيل انه لا يرد اليه ويتصدق به عليه أدبا له وهذا يأتي على ما في المدونة وان لم يعثر على ذلك حتي قبضها المبتاع فقيل انها تكسر على البائع ويرد الثمن الى المبتاع ان كان قد دفعه ويسقط عنه ان كان لم يدفعه روي ذلك عن مالك بن أبى أويس وغيره وقيل انها تكسر على المبتاع ويتصدق بالثمن ان لم يقبضه البائع أدبا له وان قبضه من ماله عند ابن القاسم وعند سحنون يتصدق به قبضه البائع أو لم يقبضه وقيل انها تكسر على البائع وينفسخ البيع

ويسقط الثمن عن المبتاع ان كان لم ينقده فان كان نقده كسرت على المبتاع ومضى الثمن
للبائع ولم يؤخذ منه وهذا قول ابن أبي حبيب في الواضحة وان لم يعثر على
ذلك حتى قبض المسلم الخمر وفاتت في يده أخذ منه الثمن وتصدق به
على المساكين ان كان لم يدفعه الى النصراني أدبا له وان كان قد
دفعه اليه ترك له ولم يؤخذ منه عند ابن القاسم وابن
حبيب وعند سحنون يتصدق به على كل حال أدبا
له وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الجعل والاجارة ﴾

﴿ فصـل ﴾ في حقيقة لفظ الاجارة لفظ الاجارة مأخوذ من الاجر وهو الثواب فمعنى استأجر الرجل الرجل أي استعمله عملا باجرة أي بثواب يثيبه على عمله من قولهم أجرك الله يأجرك أى أثابك يثيبك قال الله عز وجل ويا قوم لاأسألكم عليه أجرا ان أجري الا على الذي فطرني أفلا تعقلون أى لا أسألكم عليه ثوابا ان أرجو الثواب في ذلك الا من الله الذى فطرني وقال لو شئت لاتخذت عليه أجراً وقال فأما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فيوفيهم أجورهم وقال وفضل الله المجاهدين على القاعدين أجراً عظيما درجات منه ومغفرة ورحمة وهذا في القرآن كثير وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في أصل جواز الاجارة الكتاب وأصل جواز الاجارة قول الله عزوجل نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضها سخريا يقول تبارك وتعالى ليستسخر هذا هذا في خدمته اياه ويعود هذا على هذا بما في يده من فضل الله رخصة منه لعباده ونعمة عددها عليهم بأن جعل افتقار بعضهم لبعض سبباً لمعايشهم في الدنيا وحياتهم فيها حكمة منه لا اله الا هو وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والاستئجار الذي أذن الله فيه لعباده وجعله قواما لحالهم وسببا لمعيشتهم وحياتهم ليس على الاطلاق بل هو مقيد على ما حكمت السنة والشريعة فمنه الجائز ومنه المحظور قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس على أمرنا فهو رد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فالجائز منه يكون على وجهين أحدهما بعوض (والثاني) بغير عوض فأما ما كان منه على غير عوض فهو هبة من الهبات لايحل إلا عن طيب نفس من واهبه

واما ما كان على عوض فانه ينقسم على وجوه شتى منها الجعل والاجارة وهما قائمان من كتاب الله عز وجل وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم قال الله تبارك وتعالى فى الاجارة فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وائتمروا بينكم بمعروف وقال تعالى فانطلقا حتى اذا أتيا أهل قرية استطعما أهلها فأبوا ان يضيفوهما فوجدا فيها جداراً يريد ان ينقض فأقامه قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً أي ثوابا تأكله وقال تبارك وتعالى حاكيا عن احدى ابنتي شعيب فى قصة موسى وشعيب قالت إحداهما ياأبت استأجره ان خير من استأجرت القوي الامين وقوته انه استوهب الرعاء دلوا فوهبوه اياه فنزعه وحده وكان لا ينزعه الا عشرة رجال وقيل أربعون رجلا فدعى فيه بالبركة فكفي ماشيتهما فذلك قوله تعالى فسقى لهما ثم تولى الى الظل فقال رب اني لما أنزلت الى من خير فقير وقيل رفع عن فم البئر صخرة كانت عليه وحده وكان لا يرفعها الا عشرة رجال وقيل أربعون رجلا وأمانته الذى وصفته صلى الله عليه وسلم بها هي انه لما مشت امامه خشي ان يكشف الريح عنها ثوبها فيرى بعض عريتها وكان يوم ريح فأمرها ان تمشي خلفه فقال لها دليني على الطريق وصفيه لى قال انى أريد ان أنكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج فان أتممت عشراً فمن عندك أى على ان ترعى ماشيتي ثمانية أعوام فان أتممت عشراً فمن عندك وما أريد ان أشق عليك ستجدنى ان شاء الله من الصابرين وروي عن ابن مسعود انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر بالصدقة انطلق أحدنا الى السوق يتحامل ان يحمل على ظهره فيصيب المدوان لاحدهم اليوم مائة ألف قال الراوي عنه ما أراه أراد الا نفسه واستأجر رسول الله صلي الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث فأتاهما براحلتيهما صبح ثلاث وقال صلى الله عليه وسلم مثلكم ومثل اليهود والنصاري كمثل رجل استأجر قوما يعملون له عملا يوما الى الليل على أجر معلوم فعملوا له نصف النهار فقالوا لا حاجة لنا بأجرك الذي شرطت لنا وما عملنا لك باطل فقال لهم لا تفعلوا أكملوا بقية يومكم وخذوا

أجركم كاملا فأبوا وتركوا فاستأجر آخرين بعدهم فقال أكملوا بقية يومهم هذا ولكم الذى شرطت لهم من الاجر فعملوا حتي اذا كان حين صلاة العصر قالوا ماعملنا لك باطل ولك الاجر الذى جعلت لنا فيه فقال اكملوا بقية عملكم فانما بقي من النهارشئ يسير فأبوا واستأجر قوما فعملوا بقية يومهم حتي غابت الشمس واستكملوا أجر الفريقين كليهما فذلك مثلهم ومثل ماقبلوا من النور وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فالاجارة تنقسم على ثلاثة أقسام جائزة ومكروهة ومحظورة فالجائزة ما يسلم من الحيل والغرر الا اليسير منها المغتفر وكان فى المباح من الاعمال وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فلا تجوز الاجارة الا بأجرة مسماة معلومة وأجل معروف أو مايقوم مقام الاجل من المسافة فيما يحمل أو توفية العمل بتمامه فيما يستعمل وعمل موصوف أو عرف في العمل والخدمة يدخل عليه المتأجرون فيقوم ذلك مقام الصفة ويدل على ذلك قول الله تعالى انى اريد أن أنكحك احدي ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فسمي الاجرة وضرب الاجل ولم يصف الخدمة والعمل لان العرف والعادة أغنياهما عن ذلك وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيراً فليعلمه أجره وقال من استأجر أجيراً فليؤاجره بأجر معلوم الى أجل معلوم فأمر صلى الله عليه وسلم بتسمية الاجرة وضرب الأجل وسكت عن وصف العمل اذ قد يستغني عن ذلك بالعرف والعادة الذين يقومان مقامه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وهي العقود اللازمة تلزم المستأجرين بالعقد كالبيع سواء وتنقسم على قسمين أحدهما اجارة ثابتة فى ذمته فحكمها حكم السلف الثابت فى الذمة فى تقديم الاجارة وضرب الاجل ووصف العمل وقال عبد الوهاب يجب فيها تعجيل أحد الطرفين من الاجرة أو الشروع في الاستيفاء يريد اذا كان العمل يسيراليخرج عن الدين بالدين فأما الاجارة اللازمة فى عينه فانها تنقسم على قسمين أحدهما أن يستأجره على عمل

موصوف لا يرتبط بمين (والثاني) أن يستأجره على عمل موصوف يرتبط بمين فأما القسم الاول وهو أن يستأجره على عمل موصوف لا يرتبط بعين فلا تنفسخ الاجارة فيه الا بموت الاجير وهو على نوعين (أحدهما) أن لا يكون له غاية كخدمة البيت ورعاية الغنم وعلي عمل بغير عينه وما أشبه ذلك (والثانى) ان يكون له غاية معلومة كخياطة ثوب بغير عينه أو طحن قفيز قمح بغير عينه وما أشبه ذلك فالاول لا بد فيه من ضرب الاجل بالايام والشهور فيما كان من الخدمة والعمل و تسمية المواضع والبلدان فيما كان من النقل والحملان فاذا ضرب فى النقل والحملان مع تسمية المواضع والبلدان أجلا من الشهور والايام فسد ولم يجز لانه غرر ومما نهي عنه من شرطين في البيع على المشهور فى المذهب وقد قيل ذلك جائز وذلك بتأويل مافى الرواحل والدواب من المدونة وعلى ماوقع فى أول سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والاجارة من العتبية (والثانى) لا يجوز فيه ضرب أجل على ماذكرناه من المشهور في المذهب واما القسم الثانى وهو أن يستأجره على عمل موصوف ويرتبط بمين فانه ينقسم على خمسة أنواع أحدها أن يستأجره على عمل فى شئ بعينه لا غاية له الا بضرب الاجل فيه وذلك مثل أن يستأجره على أن يرعى له غنما باعيانها أو يتجر له في مال بعينه شهراً أو سنة وما أشبه ذلك فهذا اختلف في حد جواز الاجارة فيه فقيل إنها لا تجوز الا بشرط الخلف وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك رحمه الله فى المدونة وغيرها وقيل انها تجوز بغير شرط الخلف والحكم يوجب الخلف وهو قول سحنون وابن حبيب وقول أشهب فى رسم البيع والعرف من سماع أصبغ من كتاب الجعل والاجارة فهذا حكم هذا الوجه الا فى أربع مسائل فان الاجارة تنفسخ فيها بموت المستأجر له (احداها) موت الصبى المستأجر على رضاعه (والثانية) موت الصبى المستأجر على تعليمه (والثالثة) موت الدابة المستأجر على رياضتها (والرابعة) من استأجر رجلا على أن ينزى له اكداما معلومة على رمكة فتعقف الرمكة قبل تمام الاكدام فان الإجارة تنفسخ فيما بقى منها ولا يقال للمستأجر جئ برمكة لما بقي من

الا كدام وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والنوع الثاني أن يستأجره على عمل بعينه فى شئ لا غاية له الا بتسمية المواضع وهو الاستئجار على حمل شئ بعينه فهذا لا اختلاف فى جواز الاجارة فيه وان لم يشترط الخلف واختلف ان تلف على أربعة أقوال (أحدها) وهو المشهور أن الاجارة لا تنتقض واليه ذهب محمد بن المواز فقال تعيين الحمل انما هو صفة لما يحمل ومثله فى رسم القبلة من سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل والدواب وفى رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والاجارة وفى أول رسم من سماع أصبغ منه (والثانى) أن الاجارة تنتقض بتلفه وهو قول أصبغ وروايته عن ابن القاسم فى رسم الكراء والاقضية من سماعه من كتاب الرواحل والدواب ويكون له من كرائه بقدر ما سار من الطريق (والثالث) الفرق بين أن يأتى تلف من قبل ما عليه استحمل أو بأمر من السماء فان أتى تلفه من قبل ما عليه استحمل انفسخ الكراء بما بقى وكان له من كرائه قدر ما مضى من الطريق وان كان تلفه بأمر من السماء أتاه المستأجر بمثله ولم ينتقض الكراء وهو قول مالك رحمه الله فى أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الجعل والاجارة (والرابع) أنه ان كان تلفه من قبل ما عليه استحمل انفسخ الكراء ولم يكن له فيما مضى من كراء وان كان تلفه بأمر من السماء أتاه المستأجر بمثله ولم ينفسخ الكراء وهو مذهب ابن القاسم فى المدونة وروايته عن مالك والنوع الثالث ان يستأجره على عمل شئ بعينه له غاية مجهولة وذلك مثل ان يستأجره على ان يبيع له هذا العبد أو هذا الثوب أو هذه الاثواب فى هذا البلد أو فى بلد آخر بثمن سماه أو بما يراه فهذا لا بد فيه من ضرب الاجل ولا يحتاج فيه الى اشتراط الخلف على ظاهر ما فى المدونة والحكم يوجبه ان تلف وقيل انه لا يجوز على مذهبه الا بشرط الخلف ان تلف فان باع العبد أو الثوب بقبل تمام الاجل انفسخت الاجارة فيما بقى من الاجل وكان له من اجارته بحساب ما مضى منه ولا

يجوز النقد في ذلك بشرط هذا قوله في المدونة في هذه المسئلة والذي يأتي على مذهب سحنون فيها ان الاجارة لا تنفسخ فيما بقي من المدة ويستعمله فيما يشبه ذلك فان اشترط ان يفسخ الكراء فيما بقي من الشهر لم يجز عنده وان لم ينقد ولو استأجره على ان يبيع له الدابة أو الثوب بذلك البلد أو ببلد آخر وللقيام ببيعه غاية معلومة على ان له اجرته باع أو لم يبع للحق بالنوع الرابع وجاز ولا يسمي للسوق والبيع أجلا لان قدر ذلك معروف قاله أشهب في آخر أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الجعل والاجارة والنوع الرابع ان يستأجره على عمل شئ بعينه له غاية معلومة مثل ان يستأجره على خياطة ثوب بعينه أو على طحن قمح بعينه أو على حصاد زرع بعينه فلا يجوز ضرب الاجل فيه لانه مديان في مدة ويضارع ما نهي عنه من بيعتين في بيعة الا على ما ذكرنا من الاختلاف في ذلك القائم من كتاب الرواحل والدواب من المدونة ومن أول سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والاجارة وتجوز الاجارة فيه دون شرط الخلف باتفاق وان تلف قبل العمل أو بعد ان مضى بعده فالمشهور من المذهب ان الاجارة تنفسخ فيها وفيما بقي منه وهو قول مالك في رسم المحرم من سماع ابن القاسم ويكون له فيما عمل مايجب له من الاجر لانه كلما عمل شيئاً فالمستأجر له قابض ولا ضمان على الآجر فيه بخلاف الصانع الذى هو ضامن ان تلف الثوب عنده قبل فراغه وقامت البينة على تلفه فلاشئ له فيما عمل واختلف قول ابن القاسم ان تلف ببينة بعد تمامه من العمل قبل أن يسلمه لى ربه هل يجب له أجرة أم لا على قولين وقد قيل ان الاجارة لا تنفسخ ويستعمله في مثله وهو قول ابن القاسم في رسم الدور والمزارع من سماع يحيي من كتاب الجعل والاجارة والنقد في هذه الاجارة جائز لان التلف نادر فلايعتبر به والنوع الخامس أن يستأجر على دار يبنيها في هذه البقعة أو بئر يحفرها فهذه اجارة لازمة في عينه غير ثابتة في ذمته وماله فهذا اذا استحقت البقعة أو غرقت انفسخت الاجارة فان اكمل البنيان وجبت له اجرته ان انهدم بعد تمامه لان المستأجر قابض له بتمامه وقال سحنون لاشئ له إلا بتمام العمل وقال ابن القاسم له

من الاجر بحساب ما عمل الا أن تكون الاجارة فيما لا يملك من الارضين فاختلف فى ذلك قوله فى المدونة فمرة قال له بحساب ماعمل ومرة قال لاشئ له الا بتمام العمل كالجعل وهذا حكم الاجارة الجائزة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما الاجارة المكروهة فهي ما تعارض الأدلة فى صحة عقده مع السلامة من الجهل ومن الغرر كالاجارة على الصلاة والحج وكاجارة المسلم نفسه من الذمى أو فيما فيه من الجهل والغرر هل هو من قبيل اليسير المستخف أو من قبيل الكثير الذي لا يستخف وحكمها أن يرد مالم يفت فان فاتت مضت بالاجارة الأجرة المسماة ومنها مايفوت بالعقد ومنها مالا يفوت الا باستيفاء العمل على قدر قوة الكراهية فيها ومن الاجارات مايختلف فيها فى المذهب هل هى مكروهة أو فاسدة محظورة كالمسئلة الواقعة فى رسم (١) أحد يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والاجارة ونصها قال وسئل مالك رحمه الله تعالى عن رجل شارط رجلا على عين يحفرها على خمسة آلاف ذراع وما وجد فى الارض من صفا فعلى صاحب العين أن يشقه فوجد فى الارض نحو مائة ذراع وشقها الرجل فلما فرغ قال له الرجل عمل لى بدلها وموضعها الذي يعمل هو أكثر عملا من الموضع الذي وجد فيها الصفا فقال لقد دخلت فى أمر لاخير فيه فأرى عليك قدر ذلك الموضع الذى شقه ذلك الرجل تغرمه وليس عليك أن تعمل له بدله يريد أن ينظر الى قدر كم ذلك من الارض من قدر العمل فيردمنه بقدر ذلك مما أخذ قال ابن القاسم لست آخذ فيه بقول مالك وأرى ان يعطى أجرة مثله قال سحنون وهذا رأيى وقوله فيها أفضل وأجود هذا نص هذه المسئلة وفيها التباس قد أشكل على كثير من الناس معناها فتأولها على غير معناها منهم ابن لبابة فانه وهم فى تأويلها فجعلها جملا وقال ان مالكا تكلم على ان العامل هو الذى شق الصفا وقد كان شقها واجبا على رب الارض بالشرط وان ابن القاسم وسحنون تأولا عن مالك أنه أجاب في المسئلة على أن رب الارض هو الذى شق الصفا وقد كان شقها على العامل وقد بين في المسئلة أن المعاملة بينهما على أن يشق رب الارض

ماوجد فيها من الصفا وان العامل هو الذي شق الصفا بدليل قوله فلما فرغ قال له اعمل لى بدلها وقد سألني بعض أصحابنا عن معني قول مالك رحمه الله تعالى فيها وتبيين مافسره ابن القاسم من ارادته ووجه مخالفته اياه ومتابعته سحنون له على خلافه فقلت الذي أقول به فى ذلك والله الموفق للصواب برحمته أن هذه المسئلة محتملة لوجوه من التأويل اذ لم يبين كيف انعقد الاستئجار بينهما على حفر الخمسة الآلاف الذراع ان كان على شرط أن يشق صاحب العين ماوجد فيها من صفا ويسقط عنه من الاجارة التى سمياها بقدر ما ينوب ذلك أو على أن يشق ما وجد فيها من صفا دون أن يحط عنه لذلك من الاجارة شيئاً فالغرر في الاجارة على هذا بين والاظهر فيها الفساد وقول ابن القاسم وسحنون إن للعامل أجرة مثله فى جميع عمله هو القياس ووجه قول مالك رحمه الله تعالى على هذا التأويل وعلى ماذيله ابن القاسم من التفسير له بقوله يريد أن ينظر الى قدركم ذلك من الارض من قدر العمل فرد منه بقدر ذلك ومأخذه ان مالكا رحمه الله تعالى رأى العقد على هذا الشرط من العقود التى يكرهها ابتداء فاذا وقعت صح العقد وبطل الشرط وذلك أن العقود المقترنة بها الشروط تنقسم على ثلاثة أقسام منها مايبطل العقد والشرط وهو ما كان الشرط المشترط فاسداله تأثير فى الثمن كالذي يبيع الدابة على أن يسافر عليها سفراً بعيداً وما أشبهه ومنها ما يصح البيع والشرط وهو ما كان الشرط المشترط خفيفاً لايؤل به البيع الى غرر ولافساد فى ثمن ولا مثمون كالذى يبيع الدابة على أن يركبها اليوم واليومين وما أشبه ذلك ومنها ما يصح البيع ويبطل الشرط وهو ما كان الشرط فاسدا الا أنه خفيف ألا يرى أنه لا نقص من الثمن ولا زاد فيه من أجله وذلك مثل أن يبيع السلعة على أنه إن لم يأته بالثمن الى يومين أو ثلاثة فلا بيع بينهما ومثل أن يبيع الثمرة على أن لاقيام له بجائحة ان اجيحت وما أشبه ذلك فرد عقد الاجارة على مسئلتنا على هذا الشرط من هذا القبيل من الشروط اذ غلب على ظنه ان العامل انما شرط على رب العين شق ماوجده من صفا بها والاغلب عندهما أنه لا صفا فيها لندور الصفا فى ذلك الموضع

على ماقد علم بالاختبار فلم يحط من الاجارة لذلك الشرط شيئاً ولا كان له تأثير فيها فامضاها اذا وقعت وأسقط الشرط مع كراهيته لها ابتداء كما أمضى شرط اسقاط الجائحة اذا وقع وأبطل الشرط اذ لم يرله تأثيراً في الثمن لان الاغلب السلامة من الجوائح وأراد العامل لماشق ماوجد في الارض من صفا وقد كان اشترط ذلك على رب العين أن يحفر له رب العين بدلها ويستحق منه اجارته كلها على ما اشترطا فلم ير ذلك مالك رحمه الله وذهب الى أن الشرط منفسخ والعقد على ذلك مكروه ابتداء على ما بيناه فقال لهما قد دخلتما في أمر لا خير فيه فأري عليك يريد على صاحب العين قدر ذلك الموضع يريد قيمة حفر ذلك الموضع الذى شقه الرجل يريد العامل وتم ذلك عليه لاشتراطه اياه على صاحب العين ومعنى ذلك على أصولهم ان كان رب العين ممن يستأجر علي شق ذلك ولا يتولاه بنفسه وعبيده وسكت مالك رحمه الله عن تمام الحكم في المسئلة وفسره ابن القاسم على ما فهم من مذهبه في اجازة العقد اذا وقع وابطال الشرط على ما بيناه فقال يريد أنه ينظر الى قدر كم ذلك من الارض من قدر العمل فيرد منه بقدر ذلك مما أخذ ومعنى ذلك أن ينظر ما يقع الصفا التى شقها العامل من جملة الخمسة الآلاف الذراع فيرد من الاجرة التى قبض ذلك الجزء لابطال الشرط مع امضاء العقد اذ لا فرق بين أن يشق صاحب العين الصفا أو يشقها العامل فيأخذ حقه في شقها وان كان ما وجب للعامل فى شقه الصفا من جنس الاجرة التى قبض قاصه فيما يجب عليه رده منها فمن كان له منهما فى ذلك فضل رجع به على صاحبه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ولو لا تأويل ابن القاسم علي مالك رحمه الله لكان الاظهر من قوله قد دخلتما فى أمر لا خير فيه أن العقد فاسد ويكون للعامل أجرة مثله فى شقه الصفا وفى سائر عمله ويرد جميع الاجرة ان كان قبضها أو يسقط ان كان لم يقبضها لانه انما تكلم على ما يجب للعامل فى شق الصفا وسكت عن تمام الحكم فى المسئلة الا أن ابن القاسم أخذ بتبيين ارادة مالك فى المسئلة لمشافهته اياه فيها وبالله سبحانه وتعالي

التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وان كانت الاجارة انعقدت بينهما علي أن يشق رب العين ما وجد فيها من صفا ويسقط عنه من الاجرة التى سماها ماينوبها منها فينقدح جوازها يعنى اشتراط النقد على قولين في المذهب الاشهر منهما الاجازة لان السوم معلوم وجملة الثمن مجهول لا يعلم حال العقد كبيع الصبرة جزافا على الكيل الذى أجازه مالك رحمه الله وأصحابه ومنع منه عبد العزيز بن أبي سلمة كاستئجار الاجير على أن يأتيه بمتاع من بلد على أنه ان وجده فى الطريق رجع وكان له بحسابه الذى أجازه مالك وابن القاسم رحمهما الله تعالى ومنع منه سحنون ومن ذلك اختلافهم أيضاً فى استئجار الاجير شهراً على ان يبيع له يوما بعينه أو يرعي له غنما باعيانها دون ان يشترط الخلف وماأشبه ذلك فمعني ماذهب اليه مالك رحمه الله فيها على هذا التأويل انه كرهه ابتداء مراعاة للخلاف ويحتمل ان يكون كرهها من أجل النقد وانلم يشترطا اذ لايصح النقد فيها بشرط اجماعا واجازها اذا وقعت على أصل مذهبه وحكم للعامل باجرة مثله فى شق الصفا وأوجب عليه ان يرد من الاجرة مايقع للصفا من جملة الخمسة الآلاف الذراع ورأى ابن القاسم وسحنون انها اجارة فاسدة للعلة التى ذكرناها وهي الجهل بجملة الثمن حال العقد فاوجبا للعامل أجرة مثله فى جميع عمله فاماسحنون فجري في ذلك على أصله فى الذي يستأجر الاجير على ان يأتيه بمتاعه من بلد كذا فان وجده فى الطريق رجع وكان له بحسابه واما ابن القاسم فخالف أصله وذلك اختلاف من قوله وكلا التأويلين سائغان والتأويل الاول أظهر والله أعلم وقد تأول بعض الناس ان مالكا تكلم على أن رب العين هو الذي شق الصفا وان ابن القاسم وسحنون تكلما على ان العامل هو الذى شقها وهو بعيد من التأويل لا معنى له اذلا تأثير لشق العامل إياها فى فساد العقد وتأول أيضا بعض من سألني عن معني هذه المسألة فنهجت له القول فيها بما ذكرته ان مالكا تكلم على الوجه الاخير من الوجهين اللذين ذكرنا وان ابن القاسم وسحنون تكلما على الوجه الاول وذلك محتمل أيضا ومنهم من

ذهب الى انهم تكاموا جميعا على الوجه الاول وذلك محتمل أيضا فان أراد مالك ان الاجارة فاسدة بدليل قوله قد دخلتا فى أمر لا خير فيه وان تفسير ابن القاسم غير صحيح والصواب ان تفسيره لمذهبه صحيح فهو أقعد بمعنى ماذهب اليه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما الاجارة المحظورة فتنقسم على ثلاثة أقسام (أحدها) الاستئجار على ما يجب على الاجير فعله (والثاني) الاستئجار على مالا يحل له فعله (والثالث) الاستئجار على المباح من الاعمال بما لا يجوز من الغرر أو المحرم أو على وجه لايجوز مما يدخله غرر أوجهل فأما الاستئجار على مالا يجوز الاستئجار عليه لوجوب فعله على الاجير فينفسخ ان عثر عليه قبل العمل وان فات العمل لم يكن للاجير شيء من الاجرة وردت كلها الى المستأجر وان كان قد دفعها وأما الاستئجار على مالا يجوز الاستئجار عليه لتحريم فعله عليه فالحكم فيه اذا وقع أن يفسخ أيضا متى ماعثر عليه فان فات بالعمل لم يكن للاجير من الاجرة شيء وتصدق بها عليه على التفصيل الذي ذكرناه فى كتاب التجارة الى أرض الحرب في بيع المسلم الحر من النصرانى أوالمسلم وأما الاستئجار على المباح من الاعمال بما يجوز أو على وجه لايجوز فالحكم فيه اذاوقع أن يفسخ مالم يفت فان فات بالعمل كانت فيه القيمة والله ولي التوفيق برحمته وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فى الجعل وأصل جوازه وأما الجعل فهو أن يجعل للرجل جعلا على عمل يعمله ان أكمل العمل وان لم يكمله لم يكن له شيء وذهب عناؤه باطلا فهذا أجازه مالك وأصحابه رضوان الله عليهم أجمعين مما لامنفعة فيه للجاعل الا بتمام العمل خلافا لابي حنيفة والشافعى رحمهما الله تعالى فى أحد قوليه وهو في القياس غرر الا أن الشرع قد جوزه والاصل في جوازه قول الله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين من قتل قتيلا فله سلبه وقوله يوم بدر من فعل كذا فله كذا ومن فعل كذا فله كذا وان كان مالك رحمه الله قد كره ذلك فانما كرهه لئلا تفسد نيات الناس فى الجهاد لا أنه عنده حرام ومن الحجة في ذلك أيضا

ماروى عن أبى سعيد الخدرى رضي الله تعالي عنه انه قال انطلق نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفرة سافروها حتى نزلوا على حى من العرب فاستضافوهم فأبوا ان يضيفوهم فلدغ سيد ذلك الحى فسعوا له بكل شئ لا ينفعه شئ فقال بعضهم أرأيتم هؤلاء الرهط الذى نزلوا عندنا لعله ان يكون عند بعضهم شئ فأتوهم فقالوا لهم يأيها الرهط ان سيدنا قد لدغ وقد سعينا له بكل شئ لا ينفعه شئ فهل عند احدكم من شئ فقال بعضهم نعم والله انى لارقي ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا فما انا براق حتى تجعلوا لنا جعلا فصالحوهم على قطيع من الغنم فانطلق يتفل عليه ويقرأ الحمد لله رب العالمين فكانما نشط من عقال فانطلق يمشي ومابه قلبة قال فاوفوهم جعلهم الذى صالحوهم عليه فقال بعضهم اقسموا فقال الذى رقي لاتفعلوا حتي نأتي النبي صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذى كان فننظر ما يأمرنا به فقدموا على رسول الله صلي الله عليه وسلم فذكروا له ذلك فقال وما يدريك انها رقية ثم قال قد أصبتم اقسموا واضربوا لى معكم سهما فضحك النبي صلى الله عليه وسلم وأيضاً فان الجعل مما كان موجوداً فى المعاملات جاهلية واسلاما فأقر النبى صلى الله عليه وسلم على فعله ولم يتعرض لابطاله مع علمه بذلك ولا فرق بين مايبتدئ اجارته مشروعا وبين مايقر على اجارته وأيضا فان الضرورة تدعو الى ذلك أشد مما تدعو الى القراض والمساقاة والضرورة مستثناة من الاصول وقد مضي عمل المسلمين على ذلك فى سائر الامصار على قديم الاوقات والاعصار وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ والجعل أصل فى نفسه كالقراض والمساقاة لايقاس على الاجارة ولا تقاس الاجارة عليه وان أخذ شبها منها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ومن شروط صحة الجاعلة ان يكون الجعل معلوما وأن لايزيد وان يكون لا منفعة فيه للجاعل الا بتمامه وان لا يضرب للعمل المجعول فيه أجلا فان ضرب له أجلا ولم يشترط أن يتركه متى شاء لم يجز واختلف إن اشترط ذلك هذا قوله فى المدونة

فيمن قال بع لى هذا الثوب اليوم ولك درهم أن ذلك لايجوز الا أن يشترط متى شاء أن يتركه تركه وقد اختلف فى تأويل قول سحنون في آخر المسئلة وقد قال فى مثل هذا أنه جائز وهو جل قوله الذي يعتمد عليه فاختصره ابن أبي زيد على أنه أجاز أن يوقت في الجعل يوما أو يومين دون شرط وقال أبو عمر بن القطان يريد سحنون أنه قال بمثل قوله فى الباب في مثل مسئلة الباب وهو أن يجيز الجعل ويضرب له يوما أو يومين ويشترط عليه أنه متى شاء ان يرد رد وقال سحنون مثل هذا القول وهذا القول جل قوله الذى يعتمد عليه يريد قول الكتاب ومايشبهه وقوله جل قوله يقتضى الخلاف والخلاف موجود له في رواية عيسي عنه قلت أرأيت ان قال جد نخلى اليوم فاجددت فبينى وبينك ومتى ماشئت أن تخرج خرجت ولك نصف ماعملت قال لاخير فيه وتأول ابن لبابة على سحنون أنه أراد ان ابن القاسم انما اختلف قوله على انها اجارة فمرة رآها اجارة جائزة ومرة رآها اجارة فاسدة وذلك كله مدخول وأما قول ابن أبي زيد فهو خطأ صراح لان الجعل اذا سمي فيه أجلا ولم يشترط أن يترك العمل متي شاء لم يجز باتفاق فكيف يصح أن يقال انه جل قوله الذي يعتمد عليه وأما تأويل ابن القطان فهو بعيد على ظاهر لفظ الكتاب الا أن معناه صحيح تصح به المسئلة وأما تأويل ابن لبابة فهو بعيد على ظاهر اللفظ غير صحيح المعنى لانها اذا كانت اجارة فهي جائزة ولا وجه لفسادها وانما معنى المسئلة عندي أن قول ابن القاسم اختلف اذا قال الرجل للرجل بع لى هذا الثوب اليوم ولك درهم فقال فى الباب انه جعل ولا يجوز الا أن يشترط متى شاء أن يترك ترك وله قول آخر ان ذلك جائز وهي اجارة لازمة لا جعل فان باع فى بعض اليوم كان له من الاجارة بحساب ذلك وقال سحنون ان هذا القول هو الذى يعتمد عليه من قول ابن القاسم وهذا القول لابن القاسم قائم من أول الكتاب قال فى الذى يبيع من الرجل نصف الثوب على أن يبيع له النصف الآخر ان ذلك جائز اذا ضرب لذلك أجلا لانه اذا ضرب لذلك أجلا كانت اجارة واختار سحنون هذا القول لانه اذا قال بع لى هذا الثوب اليوم ولك درهم احتمل

أن يريد على وجه الجعل فيكون جعلا فاسداً واحتمل أن يريد على وجه الاجارة فيكون جائزاً وإذا كان اللفظ محتملا للجواز والفساد متردداً بينهما فهو على مذهبه في مسائل كثيرة محمول على الجواز حتى يتبين الفساد من ذلك من اكترى راعيا على رعاية غنم بأعيانها فالاجارة عنده جائزة وان لم يشرط الخلف خلاف مذهب ابن القاسم في هذه المسئلة مثل قوله في المسئلة التي حكيناها في أول الكتاب ومثل قوله فيمن قال: بع لى هذا الثوب ولك درهم ان ذلك جائز لحمله على الجعل فأجازه مع احتمال ان يريد بذلك الاجارة فتكون فاسدة اذ لم يضرب لها أجلا فلما كان على هذا القول جاريا على مذهب سحنون اختاره فاستحسنه فقال فيه انه جعل قوله الذي يعتمد عليه ولو بين فقال استأجرك على ان تبيع لى هذا الثوب اليوم ولك درهم جاز باتفاق ولو بين أيضا فقال أجاعلك على ان تبيع لى هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يجز باتفاق الا ان يشترط متى ما شاء ان يترك ترك واذا لم يقع بيان فهي مسئلة الكتاب التي اختلف فيها قول ابن القاسم والمسئلة تنقسم على هذه الاقسام الثلاثة فهذا أولى ما يحمل عليه هذه المسئلة ولم أره لغيرى وهو صحيح بين لا ينبغى ان يلتفت الى ما سواه ومسئلة نفض الزيتون من هذا الاصل فتدبر ذلك وكذلك الخلاف الحاصل بين ابن القاسم وأشهب فيمن باع من رجل داراً على ان ينفق عليه حياته جاز على هذا الاصل ومن مثل هذا كثير وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وقد اختلف هل هو من شروط صحته ان يكون للجاعل فيه منفعة أم لا على قولين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وليس من شروطه ان يكون العمل المجعول فيه معلوما بل يجوز في المعلوم والمجهول. وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ولا يلزم المجعول له العمل وله ان يترك شرع فيه أو لم يشرع ولا شيء له الا بتمام العمل واختلف في الجاعل فقيل ان الجعل يلزمه بالعقد والى هذا ذهب ابن حبيب في احد قوليه وهو ظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في الجعل والاجارة وقيل لا يلزمه

حتى يشرع المجعول له في العمل وهي رواية على بن زياد عن مالك ورواية أشهب عنه أيضا في تضمين الصناع من العتبية ومذهب سحنون وهو أظهر القولين لانه لما كان المجعول له لايلزمه وجب أن لا يلزم الجاعل الا أن يشرع المجعول له فى العمل لئلا يبطل عليه عمله ووجه القول الاول وهو أن الجاعل لما كان ما أخرج معلوما ولم يجز أن يكن مجهولا جاز له أن يرجع عنه متى شاء ولم يلزمه ألا ترى أن الاجارة لما كانت معلومة فى معلوم لزمتهما جميعا ولم يكن لواحد منهما رجوع عما لزمه ولما كان الذي يخرجه العامل فى الجعل يجوز أن يكون مجهولا صح أصل الرجوع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فعلى هذا اذا مات الجاعل قبل أن يشرع المجعول له فى العمل على قول ابن حبيب وظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم أو بعد شروعه في العمل على رواية على ابن زياد وأشهب عن مالك رحمه الله تعالى يلزم ذلك ورثته ولا يكون لهم أن يمنعوا المجعول له من العمل فان مات المجعول له بعد ان شرع في العمل أو قبل أن يشرع فيه على أحد القولين نزل ورثته منزلته ولم يكن للجاعل أن يمنعهم من العمل وروى أصبغ عن ابن القاسم خلاف هذا فى المجاعلة فى اقتضاء الديون فجعل موت المجعول له كموت المقارض ان كان قد شرع فى العمل نزل ورثته منزلته ان كانوا أمناء وان كان لم يشرع فى العمل ولا اقتضى منه شيئاً فلا حق لورثته وقال ان الجعل ينتقض بموت الجاعل مات قبل شروع المجعول له في العمل أو بعده فلم يحمله في هذا الطرف محمل القراض ولا يحمل الجعل في حق الجاعل له للزوم الجاعل له بالعقد أو شروع المجعول له على ماقدمناه من الاختلاف فى ذلك وأما اشتراطه فى موت المجعول له للأمانة فى الورثة فصحيح لاينبغي أن يختلف في ذلك لان هذا مما ينبغي فيه الامانة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وليس من شروط صحة الجعل أن يكون فى القليل وان كان قد قال ذلك عبد الوهاب وغيره فليس بصحيح وانما الصحيح أنه جائز فى كل ما لا يصح للجاعل

فيه منفعة الا بتمامه كما قدمناه كان قليلا أو كثيراً وغير جائز فيما يكون للجاعل فيه منفعة قبل تمامه كان قليلا أو كثيراً وكذلك قال ابن المواز ان الجعل على حفر الآبار لا يجوز الا فيما لا يملك من الارضين لان ما يملك من الارضين ان ترك المجعول له العمل بعد أن حفر بعض البئر انتفع الجاعل بما حفر منها بوجوه كثيرة من وجوه المنافع وما لا يملك من الارضين لا نفع للجاعل فيما حفر المجعول منها ان لم يتم حفرها فاذا لم يكن للجاعل في العمل المجعول فيه منفعة الا بتمامه جاز الجعل قياسا على قول الله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم لانه اذا لم يأت المجعول له في الطلب بالمطلوب لم ينتفع الجاعل بقيامه فى الطلب وهذا بين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وقوله انما جوز مالك الجعل فى الشئ اليسير مثل الثوب والثوبين وقوله ان الكثير من السلع يصح فيه الاجارة ولا يصح فيه الجعل والقليل يصح فيه الجعل والاجارة انما يريد بذلك كله فى البيع خاصة لان الكثير من السلع اذا جاعله على بيعها ودفعها اليه ان فى بيعها وصرفها اليه كان الجاعل قد انتفع بحفظه لها مدة كونها بيده ولو لم يدفعها اليه لجاز الجعل اذا جعل له في كل ثوب يبيعه منها جعلا مسمى ولزم الجاعل الجعل فى بيع جميعها ألا ترى أن الجعل فى الشراء على الثياب الكثيرة جائز اذ لا يتولى حفظها وكلما ابتاع ثوبا سلمه الى الجاعل ووجب له فيه جعله ولو شرط الجاعل في الشراء على المجعول له أن يمسك الثياب وتكون فى امانته وقبضه حتى يتم شراء العدد الذى جاعله عليه لم يجز للعلة التي قدمنا وهذا كله بين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق.

﴿ فصل ﴾ والاعمال تنقسم على ثلاثة منها ما يصح فيه الجعل والاجارة ومنها مالا يصح فيه الجعل ولا الاجارة ومنها مالا يصح فيه الجعل وتصح فيه الاجارة فأما ما يصح فيه الجعل والاجارة فهو كثير من ذلك بيع الثوب والثوبين وشراء الثياب القليلة والكثيرة وحفر الآبار واقتضاء الديون والمخاصمة في الحقوق على أحد قولي مالك وقد

روى عنه أن الجعل في الخصومة باطل واما ما لا يصح فيه الجعل ولا الاجارة فنوعان أحدهما مالا يجوز للمجعول له فعله (والثاني) مايلزمه فعله واما ما تصح فيه الاجارة ولا يصح فيه الجعل فكثير أيضا من ذلك خياطة الثوب وخدمة الشهر وبيع السلع الكثيرة والسلعة الواحدة التي تباع من عاجل ويعلم أن الثمن فيها موجود أو على أن يباع ببلد آخر وما أشبه ذلك مما يبقى للجاعل فيها منفعة ان لم يتم المجعول له العمل وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف في الجعل الفاسد اذا وقع فقيل إنه يرد الى حكم نفسه فيكون للمجعول له جعل مثله ان كان اتم العمل وان لم يتم فلا شئ له وقيل إنه يرد الى حكم غيره وهي الاجارة فيكون له اجارة مثله اتم العمل أو لم يتم وقيل إنه يرد الى تجارة مثله في بعض المسائل والى جعل مثله في بعضها كالقراض الفاسد قيل أنه يرد الى حكم نفسه وهو قراض المثل وقيل انه يرد الى حكم غيره وهي اجارة المثل وقيل إنه يرد القراض الفاسد الى قراض مثله في بعض المسائل والى اجارة المثل في بعضها وهو مذهب ابن القاسم وقد يأتي في الجعل الفاسد أقوال خارجة عما اصلناه وهذا هو الصحيح وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ولا يجتمع الجعل والاجارة لان الاجارة لا تنعقد الا معلوما في معلوم والجعل يجوز فيه المجهول فهما أصلان مفترقان لافتراق أحكامهما متى جمع بينهما فسدا جميعا وقد روى عن سحنون أنه اجاز المغارسة والبيع وهو من هذا المعنى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الرواحل والدواب ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم قال الله عز وجل والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس أن ربكم لرؤف رحيم وقال تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ويخلق مالا تعلمون وقال والذي خلق الازواج كلها وجعل لكم من الفلك والانعام ما تركبون لتستووا على ظهوره ثم تذكروا نعمة ربكم اذا استويتم عليها وتقولوا سبحان الذي سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين وانا الى ربنا لمنقلبون وقال تعالى الذي جعل لكم الانعام لتركبوها منها ومنها تأكلون ولكم منافع ولتبلغوا عليها حاجة فى صدوركم وعليها وعلى الفلك تحملون وقال تعالى واذن فى الناس بالحج يأتوك رجالا وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق وقال هو الذى يسيركم فى البر والبحر حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها وقال تعالى ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فملكنا الله الانعام والدواب وذللها لنا وأباح لنا تسخيرها والانتفاع بها رحمة منه بنا وما ملك الانسان وجاز له تسخيره من الحيوان فكراؤه له جائز باجماع أهل العلم لااختلاف بينهم فى ذلك وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والكراء من العقود اللازمة يلزم المتكاريين الكراء بالعقد ولا يكون لاحدهما خيار في ذلك الا ان يشترط أحدهما الخيار فى ذلك كالبيع سواء لانه ثمن ومثمون فلا يجوز فيه الغرر والمجهول ولا يصح الا معلوما فى معلوم ولا بد من تسمية الكراء وضرب الاجل ان إكترى الدابة مدة ما أو تسمية المسافة ان اكتراها الى

موضع ولا بد من تسمية الحمل على الدابة أو ما يسخرها فيه الا أن يدخلا على عرف قد علماه فيقوم العرف فى ذلك مقام التسمية وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فان اكتري الدابة وضرب لكرائها أجلا وسمي موضعا أو عين عملا كان ذلك من باب مدتين في مدة فضارع ما نهي عنه صلى الله عليه وسلم من بيعتين فى بيعة ومن شرطين فى بيع وجري على قولين أحدها ان الكراء فاسد يفسخ وان مات كان للمكرى كراء مثله على سرعة السير وابطائه والثاني ان الكراء جائز ولا يفسخ ويكون للمكرى الكراء المسمي ان بلغ الموضع الدى سمياه فى الاجل الذي وقتاه وكراء مثله ان لم يبلغ اليه فى الاجل وهذا اذا كان الاجل فاسداً يعلم أنه يدرك الوصول الى الموضع الذى سمياه فيه الا أن يقصر أو يفرط وأما ان كان الاجل ضيقا يمكن أن يصل فيه الى ذلك الموضع والا يصل فلا يجوز الكراء باتفاق وكذلك اذا قال له ان بلغت اليه الى أجل كذا وكذا فلك كذا وكذا فان لم يصل اليه الى أجل كذا وكذا فلا يجوز باتفاق ويفسخ فان فات بالسير كان له كراء مثله بالغا مابلغ على سرعة السير وابطائه عند ابن القاسم وعلى قول غيره في كتاب الجعل والاجارة لا ينقص من الاقل ولا يزاد على الاكثر وللشيوخ في قول غيره المذكور ثلاثة وجوه من التأويل (أحدها) أنه لا ينقص من الاقل ولا يزاد على الاكثر سواء بلغ فى الاجل أولم يبلغ (والثانى) أنه ان بلغ الأجل وكان كراء مثله أكثر من أكثر الكراءين كان له الاقل من أقل الكراءين لم ينقص من أقل الكراءين وان كان كراء مثله وان لم يبلغ فى الاجل وكان كراء مثله أكثر من أكثر الكراء لم يزد علي أكثر الكراءين وان كان كراء مثله أقل من أقل الكراءين لم يكن له الا ذلك وهذا تأويل ابن أبي زمنين (والثاني) انه ان بلغ فى أجل لم ينقص من أكثر الكراءين ان كانت القيمة أقل منه ولا يزيد عليه ان كانت أكثر منه وان لم يبلغ في الاجل لم ينقص من أقل الكراءين ان كانت القيمة أكثر منه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق. وهو الهادى الي أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وكراء الرواحل والدواب على وجهين أحدهما ان يكون مضمونا والثاني ان يكون معينا فأما المعين فهو ان يقول اكترى منك دابتك هذه أوراحلتك هذه قال بعينها أولم يقل أودابتك الفلانية أوراحلتك الفلانية وذلك جائز بالنقد والى أجل اذا شرع فى الركوب أو كان انما يركب الي الايام القلائل العشرة ونحوها قاله مالك وقال ابن القاسم لايعجبنى الى عشرة أيام يريد اذا نقد وهذا اذا كانت الدابة والراحلة حاضرة وأما ان كانت غائبة فلا يجوز تعجيل النقد لان النقد لا يصح فى شراء الغائب وأما ان اكتري الراحلة بعينها على ان لا يركبها الي فوق العشرة الايام قال فى المدونة الى ثلاثين يوما أو نحوها فلا يجوز الكراء بالنقد ويجوز بغير النقد وقال غيره لايجوز الكراء وان لم ينقد لانه من التحجير وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وهذا الكراء المعين ينفسخ الكراء فيه بموت الراحلة أو الدابة فان ماتت فى بعض المسافة فأراد ان يعطيه دابة أخرى بعينها يبلغ عليها الى منتهى غايته فان كان لم ينقد فذلك جائز لانه كرا مبتدأ وان كان قد نقد لم يجز لانه فسخ الدين فى الدين فسخ ما يجب له الرجوع به من بقية رأس ماله فى راحلة يركبها الا ان يكون ذلك في مفازة بحيث لايجد الكراء فيجوز ذلك للضرورة قال ابن حبيب كما يجوز للمضطر أكل الميتة وهذا على مذهب ابن القاسم وأما على مذهب أشهب فذلك جائز لانه يجوز له ان يتحول من دين له الى خدمة عبد بعينه أو كراء دابة بعينها ولا يرى ذلك من فسخ الدين في الدين لانه انما تحول الى الانتفاع لشيء بعين فجعله قبضه اياه لاستيفاء المنافع ولايجوز ان يكري منه بما يجب له به الرجوع عليه منا كرا كرا مضمونا باتفاق من ابن القاسم وأشهب وغيرهما وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فان فلس رب الراحلة في الكراء المعين فالمكترى أحق بها الى منتهى غايته قبضها أولم يقبضها نقد الكراء أو لم ينقده وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وأما كراء الدابة المضمونة أو الراحلة المضمونة وهو أن يقول اكرنى دابتك

أو راحلتك فانه يجوز أيضا بالنقد والى أجل اذا شرع فى الركوب واذا تكارى كراء مضمونا الى أجل كالمتكاري الى الحج فى غير ابانه فالقياس أنه لا يجوز الا بتعجيل الكراء لانه كالسلم الثابت فى الذمة فلا يجوز الا بتعجيل رأس المال الا أن مالكا رحمه الله قد خفف لان الاكراء قد قطعوا بالناس وقال كم من كراء قد هرب وترك أصحابه فأجاز تأخير الكراء لهذه الضرورة واستحب أن ينقد أكثر الكراء أو نحو ثلثيه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ولا ينفسخ الكراء بموت الدابة في الكراء المضمون الا أن المكرى اذا قدم الى المكترى دابة فركبها فليس له أن يبدلها تحته الا برضاه فان فلس المكرى كان المكترى أحق بها الى منتهى غايته اذا قبضها وان كان يبدل دوابه تحته فهو أحق بما كان تحته يوم التفليس وان كانت يوم التفليس قد نزل عنها وأخرجت الى المرعي فليس ذلك بمانع له من أن يكون أحق بها من الغرماء قاله ابن القاسم فى سماع سحنون من كتاب المديان وغمز محمد بن المواز قول ابن القاسم هذا وقال انما يجب أن يكون أحق بها اذا كانت معينة وهو معني قول غير ابن القاسم فى الكتاب ليس الراحلة بعينها كالمضمون وقد تأول أن معني ذلك فى اختلافهما فى الكراء لتقدم المسئلتين جميعا واحتمال اعادة قوله المذكور على كل واحد منهما وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما ان فلس المكري قبل أن يقبض المكترى الدابة فى الكراء المضمون فهو اسوة الغرماء يحاصهم بقيمة الكراء يوم الحصاص لا يوم الكراء فما صار له اكرى له به وما بقي اتبعه به دينا فى ذمته قال محمد وسواء نقد الكراء أو لم ينقد الا أنه ان لم ينقد غرم الكراء ثم حاص فيه الغرماء وفي سائر ماله فان صار له نصف الكراء اتبعه بنصف الحمولة وليس بالثمن وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا قلنا ان الكراء على وجهين مضمون ومعين فلا يخلو عقد الكراء من ثلاثة أوجه أحدها أن يقع على معين ببيان ونص وذلك أن يقول اكتري منك دابتك هذه أو دابتك الفلانية قال بعينها أو لم يقل الحكم فى ذلك سواء والثانى أن يقع على

مضمون ببيان وذلك أن يقول اكرمني دابة بغلا أو حماراً أو راحلة صفة كذا وكذا من غير أن يسميها أو يشير اليها والثالث أن يعرى العقد فى ذلك من البيان وذلك أن يقول أكترى منك دابتك بغلك أو حمارك أو راحلتك ولا يزيد على ذلك فأما الوجهان الاولان فلا كلام فيهما لها فللمضمون حكم المضمون وفى المعين حكم المعين على ماتقدم واما الوجه الثالث اذا قال اكترى منك بغلك أو راحلتك ولم يزد على ذلك فهي على انها مضمونة غير معينة حتي يعينها بالتسمية لها أو بالاشارة اليها روى ذلك ابن القاسم عن مالك رحمه الله تعالى فى كتاب الرواحل والدواب واليه ذهب ابن حبيب قال فى الصانع اذا استعمله الرجل عملا فهو على الصانع مضمون فى ماله ان مات قبل أن يتم مااستعمل الا أن يشترط عمل يده أو يكون انما قصد لرفقه واحكامه وحكي ذلك عن أصبغ وانه مذهب مالك رحمه الله تعالى وروى أيضاً ابن القاسم عن مالك رحمه الله تعالى نحوه من أول كتاب الجعل والاجارة وهو الذي يأتى على مافى كتاب النذور من المدونة قال في الذى يحلف أن لا يدخل دار فلان انه يجوز له أن يدخلها اذا خرجت عن ملكه مالم يقل دار فلان هذه فعينها بالاشارة اليها ومثله أيضا في سماع يحي من كتاب الايمان بالطلاق فرق بين أن يحلف الرجل لادخلت خانك أولا دخلت هذا الخان وفى سماع عيسي عن ابن القاسم فى الكتاب المذكور فى الذى يحلف أن لا يستخدم عبد فلان فيعتق فلان عبده ذلك أنه لايجوز له ان يستخدمه بعد العتق وان لم يقل هذا العبد فيدخل للاختلاف في هذه الرواية فالمعنى في مسئلة الكراء والاول هو المشهور المنصوص عليه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وهذا اذا اتفقا على الابهام وتصادقا عليه ولم يدعيا البيان وأما لو ادعيا البيان واختلفا فقال أحدهما مضمونا وقال الآخر معينا تحالفا وتفاسخا ان كان المكتري لم يقبض لان كل واحد منهما مدع على صاحبه وأما ان قبض المكتري الدابة ثم اختلفا فقال المكتري هذه الدبة التي قبضت هى التى اكتريت بعينها وقال رب الدابة لم أكرها

بعينها وانما أكريت منك كراء مضمونا أوادعى المكتري أنه اكترى إكراء مضمونا وقال رب الدابة ما اكريت منك الا التى دفعت اليك بعينها فالقول قول الذي ادعى تعيين الدابة المدفوعة مع يمينه منها ان فاتت الدابة وأما ان كانت الدابة قائمة لم تفت ولا دخلها عيب فلا معنى ليمين من ادعى التعيين اذ لا تفيد يمينه في هذه الحال شيئا لانه ان كان الذي ادعى التعيين هو المكترى فانه يقول للمكري هب الامر كما تقول انها مضمونة قد دفعت الى هذه الدابة فليس لك ان تنزعها مني وان كان الذى ادعي التعيين هو رب الدابة فانه يقول للمكتري هب الأمر كما تقول انها مضمونة ليس لك أن تلزمني بدلها ما لم تمت أو يدخلها عيب أو مرض وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ في التداعى الاصل فى التداعي من كتاب الله عز وجل قوله تعالى ومن يدع مع الله إله آخر لا برهان له به فانما حسابه عند ربه انه لا يفلح الكافرون وقوله تعالى أإله مع الله قل هاتوا برهانكم ان كنتم صادقين وقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون فوجب بهذا على كل من ابتدأ قولا وابتدع مذهبا أن يأتى بالدليل على صدق قوله والبرهان على صحة مذهبه وعلى من ادعى على أحد دعوي فى مال أو دم أو عرض أو غير ذلك أن يأتى بالبينة على دعواه وقد بين ذلك النبي صلى الله عليه وسلم بعموم قوله البينة على المدعي واليمين على من أنكر وبقوله للرجل الذي خاصم اليه فى الارض التي زعم أنه اكره عليها فى الجاهلية فأنكر ذلك من دعواه شاهداك أو يمينه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فوجه معرفة الفصل في الحكم بين المتداعيين تمييز المدعي الذي يكلف اقامة البينة على دعواه ولا يمكن من المميز من المدعى عليه الذي يمكن من التمييز ولا يكلف اقامة البينة بالوقوف على التفرقة بينهما الموجبة لتبرئة المدعى عليه دون المدعى اذ قد يكون القول قول المدعى اذا كان فى معني المدعى عليه ويكون على المدعى عليه اقامة البينة اذا كان فى معني المدعى لان المدعى عليه لم يكن القول قوله من أجل أنه

مدعى عليه ولان المدعى لم يكلف اقامة البينة على دعواه من أجل انه مدع اذ ليست الاحكام للاسماء انما هي للمعاني فالمعنى الذى من أجله كان القول قول المدعى عليه هو ان له سببا يدل على صدقه دون المدعى في مجرد دعواه وهو كون السلعة بيده ان كانت الدعوى في شئ بعينه أو كون ذمته برية على الاصل فى براءة الذمم ان كانت الدعوي فيما فى ذمته والمعنى الذى من أجله وجب على المدعى اقامة البينة على دعواه من مجرد دعواه من سبب يدل على صدقه فيما يدعيه فان كان له سبب يدل على تصديق قوله أقوى من سبب المدعي عليه كالشاهد الواحد أو الرهن وما أشبه ذلك من ارخاء الستر وجب ان يبدأ باليمين دون المدعي عليه فان لم يكن لواحد منهما سبب يدل على صدقه كالسلعة يدعيانها وليست بيد واحد منهما أو كان لكل واحد منهما سبب مكافئ لسبب صاحبه لامزية له عليه كتكافئ البينة وليست السلعة فى يد واحد منهما لم يبدأ احدهما باليمين دون صاحبه ووجب ان يحلفا جميعاً ويقسم بينهما وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ والاصل في هذا ان يبدأ باليمين من المتداعيين من كان منهما أشبه بالدعوى بسبب يدل على صدقه كان المدعى أو المدعى عليه لان المدعى والمدعي عليه يتبايعان فى الحقيقة مثال ذلك ان من ادعي داراً في يد رجل هما متداعيان فيها لان كل واحد منهما يدعيها لنفسه دون صاحبه فيستويان فى الدعوى وفضله الذي فى يده الدار باليد فكان أشبه بالدعوى فجعل القول قوله لهذا المعنى لامن أجل كونه مدعى عليه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وقال سعيد بن المسيب رضي الله عنه ايما رجل عرف المدعى من المدعي عليه لم يلتبس عليه مايحكم به بينهما فالمدعي ان يقول الرجل قد كان والمدعى عليه ان يقول الرجل لم يكن ليس على عمومه فى كل موضع وانما يصح اذا تجردت دعوي المدعى فى قوله قد كان من سبب يدل على تصديق دعواه فان كان له سبب يدل على تصديق دعواه أقوى من سبب المدعى عليه القائل لم يكن يري عليه باليمين مثال

ذلك ان من حاز شيئاً مدة يكون فيه الحيازة عاملة فى وجه المدعى فادعى الشراء كان القول قوله مع يمينه فى ذلك وهو مدع يقول قد كان والمدعى عليه يقول لم يكن وكذلك المودع يدعي رد الوديعة القول قوله وهو مدع يقول قد كان والمدعى عليه يقول لم يكن ومثال ذلك كثير وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فيتبين بهذا الذى قلناه ان قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على من ادعي واليمين على من أنكر عام في جميع الدعاوي من الاموال والدماء وغير ذلك وخاص فيما يحدث دعواه من المتداعيين عن سبب يدل على صدق قوله والله أعلم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ وهذه جملة لا اختلاف فيها من أحد من أهل العلم وما يؤخذ من الاختلاف بينهم فى التداعي ليس بخارج عن هذا الاصل انما هو اختلافهم فى قوة السبب الدال على تصديق أحد المتداعيين وضعفه على مايؤديه الاجتهاد الى كل واحد منهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ والاختلاف بين المتكاريين كالاختلاف بين المتبايعين لأن الكراء بيع من البيوع والاصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعين تبايعا فالقول ماقال البائع أو يترادان وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلافهما لايخلو من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يختلفا فى المسافة (والثاني) أن يختلفا في الكراء (والثالث) أن يختلفا في الامرين جميعا فأما اختلافهما فى المسافة فانه على وجهين (أحدهما) أن يختلفا فى غايتها مثل أن يقول المكري أكريت منك الى قرمونة ويقول المتكارى بل اكتريت منك الى اشبيلة. (والثاني) أن يختلفا فى كلها مثل أن يقول المكري اكريت منك الى اشبيلة ويقول المتكارى إنما تكاريت منك الى غرناطة وماأشبه ذلك وأما اختلافهما فى الكراء فانه على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يختلفا في نوعه مثل أن يقول احدهما دنانير والآخر دراهم أو طعام أو عروض وما أشبه ذلك (والثاني) أن يختلفا فى الصفة مثل أن يقول أحدهما دنانير سليمانية

ويقول الآخر غير سليمانيه أو يقول احدهما وازنه ويقول الآخر ناقصه أو يقول أحدهما دراهم سود ويقول الآخر بيض وما اشبه ذلك أو يقول أحدهما على صفة كذا وكذا ويقول الآخر بل على صفة كذا وكذا وما أشبه ذلك (والثالث) أن يختلفا في قلته وكثرته مثل أن يقول أكريتك بعشرة دراهم أو عشرة أرادب ويقول المتكارى بل اكتريت منك بثمانية أرادب أو ثمانية دراهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما اذا كان اختلافهما في جملة المسافة وفى نوع الكراء فانهما يتحالفان ويتفاسخان من غير تفصيل وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وصفة ايمانهما أن يحلف المكرى فى اختلافهما في جملة المسافة ما أكرى منه الى بلد كذا وكذا وليس عليه أن يزيد في يمينه ونقد الكراء منه الى بلد كذا وكذا الا أن يشاء رجاء أن ينكل صاحبه عن اليمين فلا يحتاج الى يمين أخري وان شاء أن يقول ما اكريت منه الا الى بلد كذا وكذا فيجمع المعنيين فى لفظ واحد ثم يحلف المكترى بالله ما اكتريت منه الى موضع كذا ولا يزيد ولقد اكتريت منه الى بلد كذا اذلا فائدة له فى ذلك لان المكري قد نفاه بيمينه الا أن يكون هو المبدأ باليمين على غير الاختيار في تبدية البائع باليمين وعلى ما كان الشيوخ يتأولون على رواية يحي من جامع البيوع من العتبية وليس بتأويل صحيح فيزيد ذلك في يمينه أو يقول ما اكتريت منه الا الى موضع كذا وكذا رجاء أن ينكل المكري عن اليمين فلا يحتاج لاخرى وعلى هذا فقس ايمان المتبايعين والمتكاريين حيث ما وجب التحالف والتفاسخ بينهما وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فان نكل أحدهما وحلف الآخر كان القول قول الحالف منهما ولا بد ان يحلف هاهنا على المعنيين جميعاً أو يجمعهما له ان شاء فى لفظ واحد على ماتقدم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف اذا حلفا جميعا هل يقع الفسخ بينهما بتمام التحالف أم لا على

أربعة أقوال (أحدها) أن الفسخ يقع بينهما بتمام التحالف وهو قول سحنون وظاهر ما في كتاب الشفعة من المدونة (والثاني) أنه لا يقع الفسخ بينهما بتمام التحالف وهو مذهب ابن القاسم في السلم الثاني من المدونة (والثالث) أن ذلك ان كان بحكم وقع الفسخ بتمام التحالف وان لم يكن بحكم لم يقع الفسخ الا بتراضيهما عليه بعد الايمان (والرابع) ان ذلك ان كان بحكم من الحاكم لم يقع الفسخ حتى يحكم به الحاكم بينهما وان كانت ايمانهما دون حكم وقع الفسخ بتمام التحالف بعكس القول الثالث ووجه هذا القول ان رضاهما بالتحالف دون الحكم رضاء منهما بالفسخ وهذان القولان للمتأخرين من أصحابنا وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا قلنا ان البيع والكراء لا ينفسخ بينهما بتمام التحالف حتى يفسخه الحاكم بينهما ففي ذلك اختلاف قال في المدونة ان للمبتاع ان يأخذ بما قال البائع وظاهره ليس للبائع ان يأخذها المبتاع بما قال وقال محمد بن عبد الحكم ان للبائع ان يلزمها المبتاع بما قال فظاهره أيضاً انه ليس للمبتاع ان يأخذها بما قال البائع وقد قيل ان ذلك ليس باختلاف من القول وانما تكلم في المدونة على المبتاع وسكت عن البائع وتكلم محمد بن عبد الحكم على البائع وسكت عن المبتاع فيجمع بين القولين بان يقول فان أراد المبتاع ان يأخذها بما قال البائع لزم ذلك البائع وان أراد البائع ان يلزمها المبتاع بما قال لزم ذلك المبتاع وهذا هو الذي حملته عن الشيخ أبي جعفر بن رزق رحمه الله وانما يصح ذلك اذا كان اختلافهما في القلة والكثرة أو في غاية المسافة وأما ان كان اختلافهما في الانواع أو في جملة المسافة فلا يصح ان يحمل عليه الاعلى انه اختلاف من القول أولا يصح ان يجمع بينهما في ذلك فيكون على مذهب ابن القاسم للمكترى ان يركب الى البلد الذي قال المكرى ان كان اختلافهما في جملة المسافة وان يركب النوع الذي قال المكرى ان كان اختلافهما في الانواع ويكون على مذهب محمد بن عبد الحكم للمكرى ان يلزم المكترى الركوب الى البلد الذي ادعي ان كان اختلافهما في جملة المسافة وان يلزمه الركوب بالنوع الذي ادعي ان كان اختلافهما

فى الانواع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ واختلف أيضا اذا نكلا جميعا فذهب ابن القاسم الى ان ينزل نكولهما جميعا بمنزلة حلفهما جميعا وهو قول شريح فى كتاب الخيار من المدونة ان حلفا ترادا وان نكلا ترادا وذهب ابن حبيب الى انهما ان نكلا كان القول قول البائع وحكي نحو ذلك عن مالك فى مسئلة الوكيل هكذا أتت الرواية عنه فحمله دون يمين وذهب بعض أهل العلم الى أن معنى ذلك بعد ان يحلف ووجه ما ذهب اليه ان اليمين التى نكل عنها انما هي في قوله انما أكريت الى مكان كذا وكذا وما أكريت بكذا وكذا وأما زيادته فى يمينه ولقد اكريت الي موضع كذا وكذا فلم ينكل عنه اذ لم يجب عليه اليمين كذلك ولا كلف إياه وانما هو أمر طاع بالحلف عليه رجاء أن ينكل صاحبه عن اليمين على ماقدمناه فوجب انلايعتبر بنكوله عن يمين لم تجب عليه ولا يستحق بها ماحلف ولا يصح ان يكون القول قول من نكل عن اليمين اذا ردها على صاحبه فنكل عنها الا اذا كانت يمينا واجبة عليه لو حلف بها لاستحق بيمينه ماحلف عليه كمن أقام شاهدا على حقه فنكل عن اليمين فردها على المدعي عليه فنكل عن اليمين فان المدعى يأخذ ما ادعي بلا يمين لانه لو حلف لاخذ مادعي بيمينه أو كمن وجب له علي المدعى عليه اليمين فنكل عنها فردها على المدعى فنكل عن اليمين فان المدعى عليه تسقط عنه الدعوى دون يمين لان لوحلف لسقطت عنه بيمينه وامامن نكل عن يمين غيرواجبة عليه فلا يستحق بنكوله مانكل عنه اذا نكل صاحبه أصل ذلك من ادعي على رجل دعوى فقال المدعي عليه للمدعى أنا أبريك باليمين إحلف وخذ ما ادعيت فقال المدعى لا أحلف قد رددت عليك اليمين أحلف أنت وابرأ فقال لاأحلف ونكل عن اليمين لم يستحق المدعي مانكل عنه حتى يحلف فاذا لم يستحق بنكوله في هذه المسئلة دون يمين مانكل عنه وهو لو حلف عليه لاستحق اذ لم تجب عليه اليمين التى نكل عنها فاحرى ان لايستحق فى مسئلتنا بنكوله مانكل عنه اذا نكل صاحبه اذمانكل عنه لم يجب عليه واذ لو حلف عليه لما استحقه وهذا بين وبالله

سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واذا قلنا معنى ماذهب اليه ابن حبيب أن القول قول البائع مع يمينه فهو أظهر من قول ابن القاسم لان البائع اذا نكل أولا عن اليمين فمن صحته أن يقول اذا نكل المبتاع انا أحلف لقد بعت سلعتي بكذا وكذا لاني في ذلك مدع على المبتاع فلما نكل عن اليمين وجب لى ان أحلف وآخذ على حكم المدعي والمدعي عليه ولو كان من حتى ان أحلف وآخذ ما حلفت عليه لما نكل عن اليمين فان نكل البائع على هذا عن اليمين بعد نكول المبتاع وأخذ السلعة لما حلف عليه وهذا كله بين لان البائع في التمثيل مدع على المبتاع انه ابتاع بعشرة فلما نكل عن اليمين وجب أن يحلف هو ويستحق العشرة والمبتاع مدع على البائع أنه باع بثمانية فلما نكل عن اليمين وجب أن يحلف ويستحق السلعة بثمانية وكذلك على هذا اذا اختلف المتكاريان فى عدد الكراء أو في نوعه وجملة المسافة أو في غايتها فنكلا عن اليمين يكون القول قول المكري مع يمينه وان نكل عن اليمين كان القول قول المكتري مع يمينه الا فى اختلافهما فى جملة المسافة فيأتي على هذا أنه ان نكل كل واحد منهما عن الحلف على تكذيب قول صاحبه حلف كل واحد منهما على ما ادعي واستحقه على صاحبه فلزم المكتري أن يمضي مع المكرى الى البلد الذى حلف عليه ولزم المكري أن يمضى مع المكتري الى البلد الذي حلف عليه أيضا ولو قال قائل ان معني قول ابن القاسم أيضاً ان نكلا وأما ان نكل واحد منهما عن اليمين قبل نكول صاحبه أو بعد نكوله رأساً عن اليمين جملة لقلت له ما أبعدت في التأويل ولقد قلت قولا وسطا نفيت به الاعتراض عن ابن القاسم والاختلاف بينه وبين ابن حبيب وحمل الروايتين على الاتفاق ما أمكن أولى من حملهما على الاختلاف لا سيما اذا كان في حملها على ظاهرها من الخلاف اعتراض على أحد القولين كمسئلتنا هذه وأما من حمل قول ابن حبيب على ظاهره فى أن القول قول البائع بلا يمين اذا نكلا عن اليمين يعد قوله مثل قول أهل العراق في القضاء بالنكول دون رد اليمين

ولم يمكنه الجمع بين مذهبه ومذهب ابن القاسم فالتأويل الأول أظهر وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلاف اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة وأتى أحدهما بأشبه مما أتى به صاحبه هل يتحالفان ويتفاسخان أو يكون القول قول من أتى منهما بالاشبه فالمشهور من المذهب الصحيح من الاقوال أنهما يتحالفان ويتفاسخان ولا ينظر في ذلك الى الأشبه من غيره وذهب ابن وهب الى أن القول قول من أتى منهما بالاشبه وقاله ابن حبيب فى بعض مسائل منها اذا ادعى أحدهما حلالا والاخر حراما ومنها اذا اختلفا في صفة النقد وقال ابن القاسم فى سماع عيسى فى اكراء يقول أكريت منك الى المدينة ويقول المكتري اكتريت منك الى مكة وذلك فى أيام الحج وقاله أيضا فى سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات فى الذي يبيع الارض وفيها الماء فيقول أنا بعت الارض دون الماء بشرط وبيان ويقول المبتاع بل اشتريت الارض بمائها وأقام ذلك القاضي ابو الوليد الباجى رحمه الله تعالى من كتاب الرواحل والدواب من المدونة ولا يصح ما ذهب اليه من ذلك لان الذى فى المدونة انما هو مع الفوات وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ فأما مسئلة الكراء والارض والماء والاختلاف في صفة النقد فيجرى ذلك على الاختلاف وأما مسئلة الاختلاف فى الحلال والحرام ففيه تفصيل وذلك أن السلعة لاتخلو من أن تكون قائمة أو فائتة فان كانت قائمة كان اختلافهما فيه لايؤدى الى اختلاف فى الثمن ولا المثمون فان القول قول من يدعى الصحة والحلال منهما وان كان اختلافهما يؤدى الى اختلاف فى الثمن والمثمون جرى ذلك على اختلافهم فى مراعاة دعوي الاشباه مع القيام فيكون القول قول مدعى الصحة على مذهب من يراعى دعوى الاشباه مع القيام الاان يكون العرف الحرام فيكون القول قول مدعى الحرام وروى أبو زيد عن ابن القاسم ان القول قول من ادعى العرف منهما فان كان الناس يتعاملون بالحلال والحرام حلفا وفسخ الأمر بينهما فلم ير في هذه الرواية

المدّعي الحلال مزية فى دعواه على مدعى الحرام وبناها على مراعاة دعوي الاشباه مع القيام ويتحالفان ويتفاسخان على مذهب من لا يراعي دعوى الاشباه كذا أتت الرواية أنهما يتحالفان ويتفاسخان والذى ينبغي ان يكون القول قول مدعي الفساد بائما كان او مبتاعا فان حلف فسخ البيع ولا معنى ليمين صاحبه لان البيع يفسخ حلف أو نكل اذا حلف مدعى الفساد فان حلف بطل وأما ان كانت السلعة قد فاتت وكان اختلافهما لا يؤدي الى اختلاف في الثمن ولا فى المثمون أو يؤدي الى اختلاف فى قلة الثمن وكثرته أو في صفته دون نوعه فان القول قول مدعى الحلال منهما وان كان اختلافهما في الانواع جرى ذلك على الاختلاف في مراعاة دعوي الاشباه مع القيام وهذا الذى يتحصل عندى فى هذه المسئلة على أصولهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وقد كنا ذكرنا فى أول المسئلة أن المتكاريين اذا اختلفا في جملة المسافة أو فى نوع الكراء فانهما يتحالفان ويتفاسخان من غير تفصيل ومضى القول فى حكم التحالف والتفاسخ فى ذلك وكذلك يتحالفان ويتفاسخان أيضاً اذا اختلفا فى عدد الكراء قبل الركوب أو بعد ركوب شيء يسير لا ضرر فيه فى الرجوع عليهما بعد أو لم يبعد الا على مذهب أشهب الذى يرى التحالف والتفاسخ فى القيام والفوات فيتحالفان ويتفاسخان ركب أو لم يركب بعد أو لم يبعد وكذلك الحكم اذا اختلفا في صفة الكراء الا ما حكيناه عن ابن حبيب من مراعاة العرف فى اختلافهما فى صفة النقد وقلنا ان ذلك يأتى من قوله على مراعاة الاشباه مع القيام في موضع الخلاف والتفاسخ وكذلك يتحالفان ويتفاسخان أيضا اذا اختلف فى غاية المسافة قبل الركوب أو بعد الركوب شيئاً يسيرا الا ضرر فيه عليهما في الرجوع منه نقد أو لم ينقد على مذهب ابن القاسم وقال غيره اذا نقد فالقول قول المكرى وعلى قول أشهب يتحالفان ويتفاسخان ركب أو لم يركب نقد أو لم ينقد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وأما ان اختلفا في عدد الكراء أو فى صفته بعد ان سارا من الطريق ما

عليهما في الرجوع منه ضرر فالقول قول المكتري نقد أو لم ينقد ان أشبه ما قال المكتري وان لم يشبه ماقال المكتري وأشبه ما قال المكرى كان القول قوله وان لم يشبه ما قال أيضاً تحالفا وكان عليه كراء المثل ولم يفسخ الكراء لما عليهما من الضرر في الرجوع وكذلك ان نكلا جميعا وأما ان حلف أحدهما ونكل الآخر فالقول قول الحالف منهما مع يمينه وان لم يشبه كانت الراحلة بعينها أو لم تكن على مذهب ابن القاسم وقال غيره في المدونة ليست الراحلة بعينها كالمضمون يريد أن المضمون ينفسخ الكراء فيه بينهما اذا تحالفا ولا يلزمه أن يبلغه الي المسافة بخلاف اليمين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما ان كان اختلافهما في غاية المسافة بعد الركوب الكثير بلغا الى الغاية التى اتفقا عليها أولم يبلغا أو قبل النقد فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يشبه قولهما جميعا أو يشبه قول المكترى ولا يشبه قول المكري (والثانى) انلا يشبه قول واحد منهما (والثالث) أن يشبه قول المكرى دون المكتري فأما الوجه الاول وهو أن يشبه قولهما جميعا أو قول المكتري دون المكري فانهما يتحالفان ويتفاسخان في الكراء في الغاية التى اختلفا فيها ونقص الكراء على الجميع فيكون للمكرى منه ما ناب الغاية التي اتفقا عليها وركب المكتري اليه ان كان اختلافهما قبل الوصول اليها بخلاف اختلاف المتكاريين في وجيبة كراء الدار وكذلك الحكم ان نكلا جميعا فان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما فان كان المكتري هو الذى نكل كان الكراء كله للمكرى فيما أقر به من المسافة وان كان المكرى هو الذي نكل كان للمكتري الركوب الى حيث ادعى وأما الوجه الثاني وهو أن لا يشبه قول واحد منهما فانهما يتحالفان ويتفاسخان فى المسافة التى اختلفا فيها ويكون للمكرى فى المسافة التي اتفقا عليها كراء مثلها وكذلك الحكم أيضا ان نكلا جميعا فان نكل أحدهما وحلف الآخر كان القول قول الحالف منهما وان لم يشبه لان صاحبه قد مكنه من دعواه بنكوله عن اليمين وأما الوجه الثالث وهو أن يشبه قول المكري دون المكترى فالقول

قوله مع يمينه على دعوى المكتري فان نكل المكرى عن اليمين كان القول قول المكتري ويركب الى ذلك الموضع الذى ادعي وان لم يشبهه لان المكري قد مكنه من ذلك بنكوله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وأما ان كان اختلافهما فى ذلك بعد النقد فلا يخلو من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يشبه قولهما جميعا أو قول المكرى الذي انتقد (والثانى) أن لا يشبه قول واحد منهما (والثالث) أن يشبه قول المكترى ولا يشبه قول المكرى فأما الوجه الاول وهو أن يشبه قولهما أو قول المكري الذي انتقد فالقول قوله مع يمينه فان نكل حلف المكترى وكان القول قوله فى الركوب بما نقد الى الغاية التى ادعى وأما الوجه الثانى وهو أن لا يشبه قول واحد منهما فانهما يتحالفان ويتفاسخان فى المسافة التي اختلفا فيها ويكون للمكري فى المسافة التى اتفقا عليها كراء مثلها وان كان ذلك أكثر مما قبض وفاه المكترى الزيادة وان كان أقل مما قبض رد الزيادة وكذلك ان نكلا جميعا فان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما وأما الوجه الثالث وهو أن يشبه قول المكترى ولا يشبه قول المكرى فانهما يتحالفان ويتفاسخان فعلى مذهب ابن القاسم ويفض الكراء المنقود على المسافتين فما ناب المسافة التى اتفقا عليها كان للمكري وما ناب المسافة التى اختلفا فيها صرفه المكرى على المكتري وكذلك إن نكلا جميعا فان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وعلى هذا فقس اختلافهما فى الوجهين جميعا الكراء وغاية المسافة القول قول المكرى أبداً في غاية المسافة أشبه أولم يشبه على مذهب ابن القاسم ومهما قبض من الكراء فانه انما قبضه الى الغاية التى يقر بها والقول قول المكتري انه لم يكتر الا بكذا وكذا لما يقر به فى انه انما اكتري به الى الغاية التي يدعيها ان كان لم ينقدها ويفض الكراء على الغايتين جميعا فيكون عليه من ذلك ما ناب الغاية الاولى ومن أتي منهما بما لا يشبه

لم يصدق وكان القول قول صاحبه ان أتى بما يشبه الا المكتري في غاية المسافة على ما قدمناه وان أتيا جميعا بمالا يشبه حلفا وكان على المكترى كراء المثل فى المسافة الاولى وكذلك ان نكلا جميعا وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما أشبه أو لم يشبه ولا بد من ركوب المكتري الى الغاية الاولى للضرر الذى دخل عليه فى فسخ الكراء دونها فى الطريق ولو كان اختلافهما قبل الركوب أو بعد ركوب شئ يسير لاضرر عليهما في الرجوع منه تحالفا وانفسخ الكراء فى الجميع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فى الاقالة فى الكراء ومايجوز منها مما لايجوز الاقالة في الكراء المضمون كالاقالة فى العروض المسلم فيها يصير الفساد فيها من وجهين أحدهما ان تنعقد الاقالة بمجردها على مالايجوز والثانى ان تكون الاقالة بمجردها تجوز ولا مكروه فيها الا انك اذا اضفتها الى الصفة الأولى ظهر المكروه فيها فاتهما على القصد لذلك والعمل عليه فمنعنا من ذلك حماية الذرائع واما الكراء المعين فاختلف فى الاقالة فيه على قولين أحدهما ان ذلك كالسلم الثابت فى الذمة يعتبر فيه الوجهان جميعا والثاني ان ذلك كالاقالة من العروض المعينات لايعتبر فيها الا اعتقادها بمجردها على مالا يجوز وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادي الى أقوم طريق

﴿ فصل ﴾ وبيان هذه الجملة ان الرجل اذا اكترى كراء مضمونا ثم تقايل مع صاحبه على زيادة فلا يخلو ذلك من وجهين أحدهما ان تكون الزيادة من قبل المكتري والثانى ان تكون الزيادة من قبل المكرى فأما الوجه الاول وهو ان تكون الزيادة من قبل المكترى فان ذلك ينقسم على قسمين أحدهما ان يكون ذلك قبل النقد والثانى ان يكون بعد النقد قبل الافتراق والغيبة على النقد أو بعده اذ لا فرق فى زيادة المكترى ان نقد قبل ان يغيب المكرى على النقد أولا يغيب وفى كل وجه من هذين الوجهين ست مسائل اذ لا تخلو الزيادة أن تكون ذهبا أو ورقا أو عرضا نقدا فهذه ثلاث مسائل أو تكون مؤجلة فهذه ثلاث مسائل أخر ست مسائل صارت أثنا عشر سؤالا فى

زيادة المكترى وكذلك تنقسم الزيادة من المكري الى قسمين الا ان أحدهما ان يكون ذلك قبل النقد أوبعده وقبل الغيبة عليه اذ لا فرق بين زيادة المكري بين ان يكون لم ينقد أو انتقد ولم يغب على النقد والثانى ان يكون ذلك بعد النقد والغيبة عليه وفى كل واحد من هذين ست مسائل أيضا على التقسيم المذكور في زيادة المكترى وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا استقال المكترى المكرى في الكراء المضمون قبل النقد بزيادة فان كانت الزيادة مؤجلة فلا يجوز باتفاق لان الكراء تحول من الكرا الذى وجب له على المكترى الى الركوب الذي وجب عليه والى الزيادة المؤجلة فيدخله فسخ الدين فى الدين ان كانت الزيادة عرضا وان كانت دنانير دخله عرض وذهب بذهب الى أجل وان كانت دراهم دخله الصرف المستأخر وان كانت الزيادة دنانير معجلة أو عروضا معجلة جاز ذلك وان كانت الزيادة دراهم معجلة والكراء بدنانير لم يجز ذلك على مذهب ابن القاسم الا ان يكون أقل من صرف دينار وقيل ان ذلك جائز وان كان أكثر من صرف دينار وذلك يأتى على مذهب من يجيز البيع والصرف ويري انحلال الذمم بخلاف انعقادها وقيل ان ذلك لايجوز وان كان أقل من صرف دينار وذلك يأتى على مذهب من يرى انحلال الذمم بمنزلة انعقادها وهو قول أشهب وابن نافع فيدخله الصرف المستأخر على مذهبهما وذهب الفضل الى أن الصرف المستأخر لا يدخله على مذهبهما الا أن يكون الكراء مؤجلا لم يحل ولافرق عندى فى الكراء المضمون بين أن يحل أولا يحل لانه وان حل فلا يحكى المكتري قبضه الا شيئا شيئا وذهب ابن لبابة الى ان الاقالة فى الكراء المضمون قبل النقد لايجوز أصلا وشبه ذلك بالاقالة من السلعة الغائبة قبل النقد وقوله على قياس القول بأن انحلال الذمم بمنزلة انعقادها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وان كان استقاله بعد النقد بزيادة قبل أن يغيب عليه أو بعد ان غاب عليه وكانت الزيادة ذهبا فلا يجوز الا أن يكون مقاصة من الكراء الذى نقد على

مانص عليه في المدونة وان كانت دراهم فعلى الثلاثة الاقوال المتقدمة الجواز والمنع والفرق بين إن تكون الدراهم أقل من صرف دينار أو أكثر وان كانت عروضا جاز أن تكون معجلة ومؤجلة لان المكترى باع الركوب الذي وجب له والعرض الذى دفع معجلا ومؤخرا بالكراء الذى يسترجعه وذلك جائز فهذا وجه القول في الاثني عشرة مسئلة في استقالة المكترى بزيادة

﴿فصل﴾ واما ان كان المكرى هو المستقيل بزيادة ولم ينتقد أو انتقد ولم يغب على النقد فذلك جائز ان كانت الزيادة معجلة دنانير كانت أو دراهم أو عروضا لان المكتري باع الركوب الذى وجب له على المكرى بالزيادة التي أخذها معجلة وبالكراء الذى استرجعه من المكري ان كان قد نقده اياه أو بسقوطه عن ذمته ان كان لم ينقده اياه فلا وجه من المكروه في ذلك وان كانت الزيادة مؤجلة لم يجز على حال ودخله فسخ الدين فى الدين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ واما ان كان المكرى هو المستقيل بزيادة بعد ان انتقد وغاب على النقد فلا يجوز على حال كانت الزيادة معجلة أو مؤخرة ما كانت ويدخله الزيادة في السلف لانهما يتهمان على اظهار المكري والاقالة ليجيزا بينهما السلف على الزيادة الا أن يكون سار من الطريق ماترتفع التهمة عنهما فيجوز ان كانت الزيادة نقداً ولا يجوز ان كانت الى أجل لأنه يكون من الدين بالدين ألا ترى أن المكترى تحول من الركوب الذى كان له على المكرى في ذمته الى زيادة مؤجلة فهذا وجه القول فى الاثنى عشرة مسئلة التى فى استقالة المكرى بزيادة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿فصل﴾ قال فى المدونة وهو خلاف البيوع يريد أن الكراء المضمون بخلاف السلم الثابت فى الذمة فى جواز الاقالة فى الكراء بعد الركوب والمنع منها فى السلم بعد قبض السلم بزيادة معجلة يزيدها المكرى بعد ان انتقد وغاب على النقد والمسلم اليه خلاف مذهب أشهب فى مساواته بين الوجهين ويحتمل أن يريد الكراء المعين خلاف بيع السلع المعينات فى أن الاقالة بزيادة المكري بعد الغيبة على النقد لا يجوز

كانت الزيادة معجلة أو مؤجلة بخلاف الاقالة فى السلع المعينات بعد الغيبة على الثمن بزيادة معجلة أو مؤجلة وهذا على القول الذي حكم فيه للكراء المعين بحكم الكراء المضمون ويحتمل أن يريد ان حكم الكراء المضمون الثابت فى الذمة بخلاف البيع في السلع المعينات فى أنه لايجوز لمن اكترى كراء مضمونا أن يستقيل بعد النقد بزيادة معجلة ولا مؤجلة الا أن يكون قد سار من الطريق ما ترتفع التهمة عنهما به فيجوز بزيادة معجلة ويجوز لمن باع سلعة أن يستقيل بعد أن غاب على النقد بزيادة مؤخرة ومعجلة وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ واما ان كان الكراء فى دابة معينة فان ذلك ينقسم علي وجهين (أحدهما) ان يكون الكراء مؤخراً بشرط أو عرفا أو حكما (والثانى) ان يكون الكراء نقداً بشرط أوعرف فأما الوجه الاول وهو أن يكون الكراء مؤخراً فان ذلك ينقسم على وجهين (أحدهما) أن يكون المكترى هو المستقيل (والثانى) أن يكون المكرى هو المستقيل بزيادة ففي كل وجه من هذين الوجهين ست مسائل على ما ذكرناه فى الكراء المضمون وبالله سبحانه وتعالي التوفيق

﴿ فصل ﴾ فان استقاله المكتري بزيادة وكانت الزيادة عرضا جاز ذلك نقداً ولم يجز الى أجل فان كانت الزيادة ذهبا والكراء بذهب لم يجز الا الى محل أجل الكراء ولا يجوز نقداً لانه يدخله بيع وتعجل ولا الي أجل سوى محل أجل الكراء وان كانت الزيادة دراهم لم يجز نقداً ولا الى أجل لانه يدخله الصرف المستأخر وهذا كله على مذهب ابن القاسم الذي يرى انحلال الذمم بخلاف انعقادها وأما على مذهب أشهب أيضاً الذي يري انحلال الذمم بمنزلة انعقادها ويجيز التحول من الدين في كراء شيء بعينه وأما على مذهب من يري انحلال الذمم ويقول بقول ابن القاسم ان من كان له دين على رجل لا يجوز له أن يحوله فى ركوب دابة بعينها فلا تجوز الإقالة عنده على حال لان المكرى تحول من الكراء الواجب له على المكتري ركوبا لا يتنجز قبضه فيدخله فسخ الدين فى الدين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو

الهادى الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ وان استقاله المكترى بزيادة فان كانت عرضا جاز ان كان معجلا ولم يجز ان كان مؤجلا لانه يدخله فسخ الدين فى الدين وكذلك ان كانت الزيادة ذهبا والكراء بذهب يجوز ان كانت معجلة ولا يجوز ان كانت مؤجلة لا ان كانت معجلة فالمكترى تحول من الركوب الذي له على المكرى الى الكراء الذي عليه والى الذهب الذي يزيده اياها المكرى معجلة فلم يكن بذلك بأس وان كانت مؤجلة دخله فسخ الدين فى الدين لان المكترى تحول من الركوب الذى له على المكري الى الكراء الذى عليه والى الزيادة التي يزيده اياها وهذا على مذهب ابن القاسم الذى يرى انحلال الذمم بخلاف انعقادها ويجوز التحول من الدين فى كراء شئ بعينه وأما على مذهب من يرى انحلال الذمم كانعقادها ولا يجيز التحول من الدين في كراء شئ بعينه فلا تجوز الاقالة بحال وان لم يرد أحدهما للآخر شيئاً لان كل واحد منهما تحول بماله على صاحبه فى شئ لا يتنجز قبضه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق وهو الهادى الى أقوم طريق

﴿فصل﴾ وأما الوجه الثانى وهو أن يكون الكراء نقداً بشرط أو عرف فانه ينقسم على وجهين (أحدهما) أن يكون لم ينقد (والثانى) أن يكون قد نقد فغاب على النقد أولم يغب ان كان المكترى هو المستقيل بزيادة فان كان البائع هو المستقيل بزيادة قلت فيه فانه ينقسم على وجهين (أحدهما) أن يكون لم ينقد أو نقد ولم يغب على النقد (والثانى) أن يكون قد نقد وغاب على النقد وتتفرع هذه الاربعة الاقسام على أربعة وعشرين سؤالا على التفسير الذي قسمناه في الكراء المضمون وشرحنا وجوهه فما كان منها لا يجوز بفسخ الكراء فى زيادة مؤجلة يزيدها المكرى للمكتري فلا يجوز أيضا فى الكراء المعين وكذلك ما كان منها لا يجوز بفسخ الركوب المضمون فى زيادة مؤجلة يزيدها المكري للمكتري على النقد وما كان منها لا يجوز لمدة يزيدها المكري للمكترى معجلا أو مؤجلة بعد الغيبة على النقد فيتخرج ذلك على قولين على ما أصلناه في اول الكتاب وأحكمنا القول فيه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وحكم الاقالة فى كراء الدور كحكم الاقالة في كراء الراحلة المعينة فى جميع الوجوه حاشا وجه واحد سأذكره ان شاء الله فاذا اكترى الرجل الدار ثم استقال منها أو أقال بزيادة ما كانت وممن كانت فعلى القول بأن كراء الدار كالسلم الثابت في الذمة المضمون لاقتضاء المنافع شيئاً شيئاً يعتبر الفساد فى ذلك باجتماع الصفقتين من طريق التهمة حماية للذرائع كبيوع الآجال وفى الاقالة بمجردها على القول ان ذلك كالسلع المعينات لا يعتبر ان تنعقد على مالا يجوز من فسخ الدين في الدين أو الصرف المستأخر أوما أشبه ذلك مما لا يجوز فى البيوع وبيان هذه الجملة ان الرجل اذا اكترى الدار ثم تقايل مع صاحبه على زيادة فلا تخلو الزيادة ان تكون من المكترى أو من المكرى فان كانت من المكتري فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه (أحدها) ان يكون الكرا مؤجلا (والثانى) ان يكون الكرا بنقد ولم ينقد أو نقد ولم يغب على النقد (والثالث) ان يكون نقد وقد غاب على النقد أو لم يغب ذلك سواء وفى كل وجه من هذه الاوجه الثلاثة ست مسائل اذ لا تخلو الزيادة ان تكون ذهباً أو ورقا أو عروضاً معجلة فهذه ثلاث مسائل فيتحصل فى زيادة المكترى على هذا التفريع ثماني عشرة مسئلة وفى زيادة المكرى مثلها أيضاً لان ذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه (أحدها) ان يكون الكراء مؤجلا (والثانى) ان يكون بنقد فلم ينقد أو نقد ولم يغب على النقد (والثالث) ان يكون قد نقد وغاب على النقد وفى كل وجه منها ست مسائل أيضا على حسب ماذكرناه فى زيادة المكري وأما ان كانت الزيادة من المكترى والكراء مؤجلا بالدنانير فلا يجوز ان يزيده دنانير نقداً ولا الى دون الاجل لانه بيع وتعجل ولا الى أبعد من الاجل لانه بيع وسلف ويجوز الى أجل على المقاصة ولا يجوز ان يزيده دراهم نقداً ولا الى أجل ويجوز ان يزيده عروضاً نقداً لا الي أجل وهذا كله على مذهب ابن القاسم الذى يرى انحلال الذمم بخلاف انعقادها وأما على مذهب من يري انحلالها كانعقادها ويقول بقول ابن القاسم ان من كان على رجل دين لا يجوز له ان يحوله في كراء دار فلا تجوز له الاحالة على حال عنده لان المكترى تحول من الكراء الواجب

له على المكرى الى كرا دار فيدخله فسخ الدين فى الدين وأما ان كانت الزيادة من المكترى والكراء بنقد ولم ينقد فلا يجوز ان يزيده شيئا الى أجل لانه يدخله فسخ الدين فى الدين ويجوز ان يزيده دنانير معجلة أو عروضا معجلة على القول بأن انحلال الذمم بخلاف انعقادها وان زادهم دراهم نقداً تخرج ذلك على ثلاثة أقوال قد ذكرناها فى استقالة المكتري في الكراء المضمون فاما ان كانت الزيادة من المكرى أيضاً وقد نقد الكراء فان زاده ذهبا لم يجز الا ان يكون مقاصة من الكراء وان زاده دراهم يتخرج ذلك أيضا على ثلاثة أقوال وان زاده عروضا جاز ان تكون معجلة ومؤجلة لان المكتري باع الركوب الذي وجب له بالذى دفع معجلا أو مؤخراً بالكراء الذي يسترجعه وذلك جائز وأما ان كانت الزيادة من المكرى والكراء مؤجل فان كانت الزيادة معجلة جاز كانت دنانير أو دراهم أو عروضاً على القول بان انحلال الذمم بخلاف انعقادها وان كانت مؤجلة لم يجز على حال ويدخله فسخ الدين فى الدين وكذلك ان كان الكراء نقداً ولم ينقد أو نقد ولم يغب على النقد ان تكون الزيادة ما كانت علي كل حال ولا يجوز ان تكون مؤجلة وأما ان كانت الزيادة من المكرى بعد ان انتقد وغاب على النقد فعلى القول ان الكراء فى الاقالة كالشراء للثابت في الذمة لايجوز ذلك ما كانت الزيادة على حال وان كان قد مضي بعض المدة بخلاف كراء الدابة اذا كان قد سار من المسافة مايسقط التهمة وعلى القول بانه كالسلع المعينات يجوز ان كانت الزيادة معجلة ولايجوز ان كانت مؤجلة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وحكم الاقالة في كرا الارض كحكم الاقالة فى كرا الدار الا ان تكون غير مامونة فان تقايلا والزيادة من المكرى في الموضع الذى تصح فيه الاقالة على ان الزيادة منه لم يجز ان ينقد الزيادة وتكون موقوفة عينا كانت أوعروضا الا ان تكون الارض مأمونة لان المكرى يحصل فى الاقالة مكتريا فان لم تردالارض انفسخ الكراء الاول ولم تصح الزيادة وبالله سبحانه التوفيق

﴿ فصل ﴾ تنحصر مسائل الاقالة فى الكراء الى ستين مسئلة تنتهي اليها لاتزيد عليها أربعة وعشرون فى الكراء المضمون وست وثلاثون فى الكراء المعين على ما قسمناه ولخصنا القول فيه وأحكمناه وبالله التوفيق تم كتاب الرواحل والدواب والحمد لله ولا حول ولا قوة بالله العلى العظيم وبالله التوفيق

كتاب كراء الدور

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم الكراء اشتراء المنافع فهو نوع من البيوع يحله ما يحل البيوع ولا يجوز فيه الغرر والمجهول والكراء فى الدور جائز عند جميع العلماء بجميع الاثمان المعلومة وهو يكون على وجهين أحدها ان يعقده المتكاريان لمدة معينة معلومة والثانى ان يسميا الكراء ويتفقا عليه ولا يتواجبان على مدة معينة معلومة وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فأما الوجه الاول وهو ان يعقدا الكراء لمدة معينة معلومة فان ذلك جائز بالنقد والى أجل قبض الدار أولم يقبضها الي سنة قال ابن حبيب أو سنتين كالبيع لان الدور مأمونة فان بعد الأجل فوق ذلك لم يكن الكرا من دون نقد وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا عقد الكراء لمدة معينة معلومة لزمهما جميعا ولم يكن للمكترى ان يخرج ولا لصاحب الدار ان يخرجه قبل تمام المدة الا ان يشترط المكترى ان يخرج متي ما شاء يجوز ذلك ما لم ينقد بشرط ولا طواعية لانه كراء بخيار فلا يجوز فيه النقد بشرط ولا طواعية وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ وهذه المدة تتعين بأربعة ألفاظ (أحدها) أن يقول أكتري منك هذه الدار أو هذا الحانوت شهر كذا أو سنة كذا (والثاني) أن يقول أكتري منك ذلك هذا الشهر أو هذه السنة فان قال هذا الشهر وكان ذلك أول الهلال لزمهما الكراء فى ذلك الشهر على الهلال تسعة وعشرين يوما أو ثلاثين يوما وان كان ذلك فى بعض الشهر لزمهما الكراء في ثلاثين يوما من يوم عقداه (١) هذا الشهر ثم يكملان عليه تمام ثلاثين يوما من للشهر الذي يليه وكذلك ان قال هذه السنة وهما فى أولها لزمهما الكراء فى

(١) بياض باصل الكتاب

اثنى عشر شهراً متصلة على الاهلة كان ذلك فى أول شهر المحرم أو غيره من الشهور
ولا يقع الكراء على ما بقى من السنة اذا قال أكرى منك هذه السنة كل شهر بكذا
وكذا وقد مضى بعضها الا ببيان بين ذلك رواية عيسى عن ابن القاسم فى كتاب
الصيام فيمن قال لله علىّ صيام هذه السنة لسنة ست وثمانين وقد مضى بعضها ان
عليه صيام اثنى عشر شهراً أو رواية عنه فى كتاب الايمان بالطلاق فيمن قال امرأته
طالق ثلاثا ان فعلت كذا وكذا هذه السنة أنه ان كان قد نوي ما بقى من السنة فله نيته
وان لم ينو شيئاً فليستقبل اثنى عشر شهراً من يوم حلف وان كان ذلك في بعض شهر
عد بقية أيام هذا الشهر ثم احدى عشر شهراً على الاهلة ثم أكمل على ما كان بقى من
الشهر تمام ثلاثين يوما هذا قولهم في الكراء والايمان والعدد التى تكون بالشهور والايام
واستحب ابن القاسم فى العدد والايمان ان كان قد مضى بعض يوم أن يلغى ذلك اليوم
واختلف فيه قول مالك رضى الله عنه وكان قوله أولا ان تعتد المرأة من الساعة التى توفى
فيها زوجها الى مثلها فتنقضى عدتها ثم قال بعد ذلك بالغاء بقية ذلك اليوم واختلاف قوله
داخل فى الكراء أيضا فعلى قوله الاول يلزم المتكاريين الكراء من الساعة التى عقدا
فيها الكراء الى مثلها من الشهر أو من السنة وعلى قوله الذى رجع اليه لا يلزم المتكاريين
الكراء اذا عقداه وقد مضى من النهار بعضه الا بغروب الشمس لان الليلة اول اليوم
وهى مقدمة على النهار (والثالث) ان يقول اكترى منك هذه الدار شهراً أو سنة
فان السنة والشهر متعينان من يوم عقد الكراء بمنزلة قوله هذا الشهر وهذه السنة
سواء على التفسير الذى قدمناه فى ذلك مما بعد الايام أو يكون على الاهلة الا فى وجه
واحد فانه فرق في كتاب ابن المواز فيه بينهما فقال انه اذا قال أكريك شهراً بكذا
فسكن شهراً ودخل فى ثان فخرج قبل تمامه فعليه بحساب ما اكترى ولو كان بعينه لكان
عليه فى الثانى كراء المثل وقيل ان كان أقل لم ينقض وان كان أكثر حلف واحدة
على اختلاف فى اليمين لانه يمين تهمة (والرابع) أن يقول اكترى منك الى وقت
كذا وكذا والله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فاذا انعقد كراء لمدة معينة بأحد هذه الالفاظ لزمهما جميعا ولم يكن لاحدهما الخروج الا أن يشترطه على صاحبه ولا ينقد فيجوز على ماقدمناه وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ فأما الوجه الثانى وهو ان يتفقا على الكراء ويسمياه دون أن يتواجبا على مدة يعينانها فذلك مثل أن يقول اكرى منك الشهر بكذا أو السنة بكذا أو في شهر بكذا أو فى كل سنة بكذا أو كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا أو فى الشهر بكذا أو في السنة بكذا فانه اذا وقع الكراء على هذا كان للمكترى أن يخرج متى شاء وللمكرى أن يخرجه متى شاء كان ذلك في أول الشهر أو آخره أو وسطه ويؤدى من الكراء بحسب ماسكن ولا يلزم واحداً منهما الكراء فى الشهر الاول ولا فيما بعده الا أن يقع فيها شرط أن لا يخرج أو لا يخرجه أو يعجل الكراء فهو كالاشتراط قاله ابن حبيب وهو مذهب ابن القاسم وذهب ابن الماجشون الى أنه يلزمه الكراء فى الشهر الاول اذا قال الشهر بكذا أو في كل شهر بكذا وكذلك على مذهبه للسنة الأولى إذا قال السنة بكذا أو في كل سنة بكذا وروي عن ابن أبي أويس عن مالك البيوت التى تكرى للشهور فيخرج قبل ذلك ان كراء ذلك الشهر عليه وانما يكون عليه بحساب ما سكن اذا تكاري كل يوم بدرهم وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ففي كراء الدور مشاهرة على هذا ثلاثة أقوال أحدها قول ابن القاسم أنه لايلزمه الشهر الاول ولا ما بعده وله أن يخرج متى شاء ويلزمه من الكراء بحساب ماسكن والثانى قول ابن الماجشون أنه يلزمه الشهر الاول ولايلزمه مابعده والثالث رواية ابن أبي أويس عن مالك أنه يلزمه الشهر بسكني بعضه كان أول الشهر أو لم يكن وكذلك الثلاثة الاقوال داخلة فى كراء الدور مساناة مثل ان يقول السنة بكذا أو في كل سنة بكذا أو ماأشبه دلك لايلزمهما الكراء في أول سنة ولافيما بعدها على مذهب ابن القاسم ويلزمه الكراء في أول سنة على مذهب ابن الماجشون لا فيما بعدها ويلزمه الكراء فى كل سنة بسكني بعضها على رواية ابن أبي أويس عن مالك

رحمه الله تعالى فتبين ذلك ان شاء الله وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويجوز الكراء في الدور السنين ذوات العدد والحد في ذلك مالا تتغير الدار في مثله وكذلك يختلف باختلاف اتقان بنيانها فان اكتراها من المدة الى مالا يؤمن تغير الدار فيها جاز العقد ولم يجز النقد ولا ينفسخ الكراء المنعقد لمدة معينة بموت أحد المتكاريين وقد اختلف هل يحل الكراء المؤجل على المكترى بموته اذا مات قبل استيفاء السكنى أولا على قولين للمتأخرين جاريين على أصل مختلف فيه من المتقدمين من أصحاب مالك رحمهم الله تعالى وانما ينتقض الكراء بين المتكاريين باستحقاق الدار منافعها المكتراة أو انهدام جميع بنيانها فان انهدم بعض بنيانها ففي ذلك تفصيل وتقسيم وهو أن الهدم في الدار المكتراة ينقسم على قسمين فأحدهما أن يكون يسيراً والثانى أن يكون كثيراً فأما ان كان يسيراً فانه على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون لا مضرة فيه على الساكن ولا يسقط من قيمة كراء الدار شيئاً كالشرفات ونحوها فهذا لا خلاف فيه أن الكراء لازم ولا يحط عنه شيء (والثاني) أن يكون لا مضرة فيه على الساكن الا أنه ينقص من قيمة كراء الدار فهذا يلزمه السكنى ويحط عنه ماحط ذلك من قيمة الكراء ان لم يصلحه رب الدار ولا يلزمه إصلاحه فان سكت وسكن لم يكن له شيء (والثالث) أن يكون فيه مضرة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئاً يلزمه الاصلاح كالبلاط وشبهه فهذا اختلف فيه على قولين (أحدهما) قول ابن القاسم ان رب الدار لا صلاح عليه الا أن يشاء فان أبى كان المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج فان سكت وسكن لزمه جميع الكراء (والثانى) قول غيره ان رب الدار عليه الاصلاح فان سكت وسكن لزمه الكراء وأما ان كان الهدم كثيراً فلا يلزم رب الدار الاصلاح باجماع وهو أيضا على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يعيب السكني وينقص من قيمة الكراء ولا يبطل شيئاً من المنافع مثل أن تكون الدار مبلطة مجصصة فذهب تبليطها وتجصيصها فهذا يكون للمكترى بالخيار من أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج الا أن يصلح ذلك رب الدار فان سكت وسكن لزمه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم في

المدونة وخلاف مذهبه في رواية عيسى عنه وقد قيل ان الحكم في هذا الوجه كالبيت ينهدم من الدار ذوات البيوت وهو بعيد (والثانى) أن يبطل اليسير من منافع الدار كالبيت ينهدم منها وهى ذوات بيوت فهذا يلزمه السكني ويحط عنه ماناب البيت المنهدم من الكراء (الثالث) أن يبطل أكثر منافع الدار أو منفعة البيت الذى هو وجهها أو يسكنها بانهدام حائطها وما أشبه ذلك فهذا يكون المكترى فيه مخيراً بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج فان أراد أن يسكن على أن يحط عنه ماينوب ما انهدم من الكراء لم يكن ذلك له الا أن يرضي بذلك رب الدار فان رضي بذلك جرى جوازه على الاختلاف فى جواز جمع الرجلين سلعتيهما فى البيع فان بنى المكرى الدار قبل أن يخرج المكترى منها لزمه الكراء ولم يكن له أن يخرج وان بناها بعد أن خرج لم يكن عليه الرجوع اليها الا أن يشاء وان سكت وسكن الدار مهدومة لزمه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم فى المدونة خلاف رواية عيسي عنه فى العتبية وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ ويجوز أن يكرى الرجل داره من مسلم ونصرانى الا أنه اذا أكراها من نصرانى فلا يخلو من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكريها منه على أن يسكنها أو يبيع فيها ما يشاء من الاشربة الحلال (والثانى) أن يكريها منه على أن يبيع فيها خمراً وما لا يجوز من الحرام (والثالث) ان يكريها منه كراء مبهما فاما اذا اكراها منه على ان يسكنها أو يبيع فيها مايشاء من الاشربة الحلال فالكراء جائز فان صرفها المكترى الى ان يبيع الخمر أوما أشبه ذلك من الحرام فلم يمنعه من ذلك تصدق بجميع الكراء قاله ابن حبيب قال بعض المتأخرين وهذا ان كان اكراه ليسكن لان السكنى فى الدار خلاف بيع الخمر فيها ولو كان اكراه ليبيع فيها الاشربة الحلال فباع فيها الخمر والحرام فلم يمنعه من ذلك لما وجب عليه ان يتصدق الا بما زادت قيمة كرائها على ان يباع فيها الخمر على الكرا الذى كان اكراها به وهذه تفرقة لاوجه لها لانه كانه أيضاً قد فسخ الاول فى الثانى وان كان يشبهه في بيع شراب فالصواب انه اذا علم فلم يمنعه تصدق بجميع الكرا

واذا لم يعلم تصدق بما بين الكراءين من غير تفصيل بين ان يكون ا كرى منه للسكني أو لبيع الاشربة الحلال ولا اختلاف اذا لم يعلم ببيعه فيها الخمر فانه لايجب عليه ان يتصدق الا بما زادت قيمة كرائها على ان يباع فيها الخمر على الكراء الذى كان اكراها به كان أكراها لبيع الاشربة الحلال أو السكني واما ان كان اكراها منه على ان يبيع فيها خمراً وما أشبه ذلك فالكرا فاسد يفسخ ان عثر عليه قبل السكنى فان لم يعثر عليه حتى فات فانقضي امد الكراء تصدق بجميع الكرا على المساكين كان أقل من القيمة أو أكثر قيل لانه لايحل للمكري كثمن الخمر وقيل ادبا له لا من أجل انه حرام كثمن الخمر وظاهر مافي سماع سحنون من كتاب السلطان ان الثمن يترك له ولا يتصدق به لانه قال فيه فان فات مضي الا ان يريد بقوله يمضى اذا فات انه لا يرد الى القيمة بعد الفوات وذلك محتمل وان لم يبع المكترى فيه خمراً وصرفه فى السكنى أو سائر الاشياء المباحة فى الكراء فقال ابن حبيب يسوغ الكرا للمكرى الا ان يكون يزيد فى كرائها لبيع الخمر على كرائها لغير الخمر فيتصدق بالزيادة والقياس ان يكون فيه القيمة على ما صرفها اليه بالغة ما بلغت سائغة للمكرى لان العقد كان فاسداً فيصحح بالقيمة اذا فات بصرفها الى وجه مباح وأما اذا كان اكراها منه كراء مبهما فقال ابن حبيب ذلك جائز وان علم انه يبيع فيها خمراً وله ان يمنعه من ذلك وقال ابن القاسم فى المدونة الكراء فاسد ان علم انه يبيع فيها خمرا وقد تقدم الحكم فيه واتفقا فى العنب أنه لا يجوز أن يبيعها ممن يعلم أنه يعصرها خمراً والفرق بينهما عند ابن حبيب أن العنب يغيب المبتاع عليه فلا يقدر البائع على منعه من عصره بخلاف بيع الخمر فى داره واختلف اذا وقع فقيل يفسخ فيها البيع وقيل يباع على المبتاع وبالله سبحانه وتعالى التوفيق

﴿ فصل ﴾ واختلف فى كراء بيوت مكة فكان سفيان الثورى لا يرى أن تكرى ولا يرى على من سكنها بأسا أن يمسك الكراء وهو مذهب أبى حنيفة رحمه الله وأكثر أصحابه لانهم ذهبوا الى أن مكة فتحت عنوة وذهب الشافعي رحمة الله تعالى الى انها مؤمنة والامان كالصلح فيرى أهلها مالكين لرباعهم وأجاز بيعها وكراها

ولا خلاف عند مالك وأصحابه في انها فتحت عنوة فقال انه من على أهلها فلم تقسم ولا سبي أهلها لما عظم الله من حرمتها وقيل انها اقرت للمسلمين وعلى هذا يأتي اختلافهم في جواز كرائها فالظاهر من مذهب ابن القاسم في المدونة اجازة ذلك والظاهر من قول مالك في سماع ابن القاسم من الحج المنع وحكى الداودي عنه انه كره كراءها في أيام الموسم وقال اللخمي اختلف قول مالك في كراء دور مكة وبيعها فمنع ذلك مرة وحكي الشيخ أبو بكر الابهري عنه أنه كره بيعها وكراءها فان بيعت أو أكريت لم يفسخ ذلك فيتحصل عندي في ذلك أربع روايات الجواز والمنع والكراهة مطلقة والكراهة في أيام الموسم خاصة وقد روي عن عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل بيع بيوت مكة ولا اجارتها وروي ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال مكة كلها مباح لا تباع رباعها ولا تؤجر بيوتها وبالله سبحانه وتعالى التوفيق تم كتاب كراء الدور والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيراً

﴿ يقول مصححه عفي الله عنه ﴾

الحمد لله الذي أنزل على عبده الفرقان ليكون للعالمين نذيراً * وأرسله بالشرع الاعدل والصراط الاقوم وجعله بينه وبين خلقه سفيراً * وأنزل عليه آيات محكمات * هن أم الكتاب وأخر متشابهات * والصلاة والسلام على من وطد قواعد الشرع ببيانه * وأوضح محجة الدين بظاهر برهانه * وعلى آله وأصحابه أئمة الهدى * ونجوم الفضل الذين بهم يهتدى ﴿ وبعد ﴾ فقد تم طبع كتاب المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات الشرعيات لامهات مسائلها المشكلات للامام الأجل الحافظ قاضي الجماعة بقرطبة الاعدل ابي الوليد * محمد بن أحمد بن رشد فبرزت عرائس مسائله تتهادى بعد طول استتار * وظهرت بعد احتجابها عن أبصار أولى الابصار * على نفقة ذى الأيادي الجميله * والاخلاق الفاضلة النبيله * القائم بنشر العلوم والمعارف * والبالغ فى خدمتها مالا يبلغه وصف الواصف ﴿ حضرة الحاج محمد أفندى ساسى المغربي التونسى ﴾ وكان بزوغ بدره وتضوع عرف نشره بمطبعة السعاده* المشهورة بالاتقان والاجاده * لصاحبها ومدير ادارتها حضرة النشيط النبيه ﴿ محمد أفندي اسماعيل ﴾ وفقه الله لكل عمل جليل وقد وافق الفراغ منه منتصف شهر جمادى الثانية أحد شهور سنة ١٣٢٥ هجريه على صاحبها أفضل صلاة وأزكى تحيه والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات

﴿ فهرست كتاب المقدمات للامام الفقيه الحافظ أبي الوليد بن رشد
المالكي رحمه الله تعالى وقد اقتصر فيه على ذكر أهم المباحث ﴾

﴿ تم الفهرس ﴾

